جامعة مولود معمري –تيزي وزو
كلية الحقوق و العلوم السياسية

نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي وتطبيقاتها في القانون المدني الجزائري
دراسة مقارنة

أطروحة لنيل درجة دكتوراه في العلوم

التخصص:القانون

إعداد الطالبة
اسعد فاطمة

تحت إشراف
أ.د. جعفور محمد سعيد

أعضاء لجنة المناقشة

د.كتو محمد الشريف، أستاذ، جامعة مولود معمري، تيزي وزو .....رئيسا
د. جعفور محمد سعيد أستاذ، جامعة مولود معمري، تيزي وزو .....مشرفا و مقررا
د.تقية عبد الفتاح، أستاذ، جامعة الجزائر .....ممتحنا
د.بن شويخ رشيد، أستاذ جامعة البليدة .....ممتحنا
د. بويزري سعيد، أستاذ محاضر "أ"، جامعة مولود معمري، تيزي وزو .....ممتحنا
د. سنيني محمد، أستاذ محاضر "أ" جامعة البليدة .....ممتحنا

تاريخ المناقشة 16جوان 2015

﴿ قَالَ رَبِّ اشْرَحْ لِي صَدْرِي ۞ وَيَسِّرْ لِي أَمْرِي ۞
وَاحْلُلْ عُقْدَةً مِنْ لِسَانِي ۞ يَفْقَهُوا قَوْلِي ﴾ .

سورة طه: الآيات 25 – 28

الإهداء

إلى روح أمي . . . منبع الحنان ومصدر العطاء

إلى روح أبي . . . من علمني المثابرة في الحياة

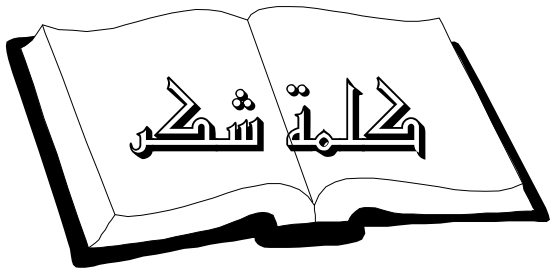
إلى روح زوجي الزكية

إلى أبنائي فلذة كبدي: نجيب، صارة وعدلان

إلى كل من يشهر سيفا في وجه الجهل و الرداءة .

أهدي هذا العمل المتواضع .

فاطمة



الشكر لله على ما أولانا من الفضل والكرم

والحمد لله حمدا كثيرا، وبعد

أشكر أستاذي المحترم والفاضل

الأستاذ الدكتور جعفور محمد سعيد

الذي تفضل وقبل الإشراف على رسالتي، فكان لي نعم المعلم و الموجه والمرشد، وأعطاني من وقته وجهده رغم مشاغله الكثيرة، فله مني كل التقدير والاحترام وخالص التمنيات بموفور الصحة.

أسعد فاطمة

قائمة بأهم المختصرات

أولا – باللغة العربية:

د.ب.ن: .....دون بلد النشر

د.د.ن: .....دون دار النشر

د.س.ن: .....دون سنة النشر

د.س: .....دون سنة

د.ط: .....دون الطبعة

ص ص: .....من صفحة إلى صفحة

ص: .....الصفحة

ط: .....الطبعة

ق.أ.ج: .....قانون الأسرة الجزائري

ق.ت.ج: .....القانون التجاري الجزائري

ق.م.ج: .....القانون المدني الجزائري

ق.م.م: .....القانون المدني المصري

ف: .....فقرة

ثانيا – باللغة الفرنسية:

éd : .....edition

p : .....page

op. cit :..... Opus citatum

t : .....tome

مقدمة

ان فقهاء الشريعة الإسلامية أفاضوا في دراسة العقود وتبسيط مسائلها، كما أولوا عناية خاصة لموضوع تقسيم العقد من حيث الصحة و عدم الصحة، إذ قسموه إلى عقد صحيح وعقد غير صحيح، كما هو في رأي جمهور الفقهاء، والى عقد صحيح وباطل وفاسد كما هو مستقر عليه في المذهب الحنفي.

يرى الفقهاء أن العقد يمر في تكوينه على عدة مراحل تتمثل في أركانه و شروط انعقاده وصحته ونفاذه ولزومه. فيتمثل ركن العقد عندهم في الإيجاب والقبول، أما شروط انعقاده فهي متعددة منها ما يتعلق بالعاقد فهو العقل والتمييز، وأما تعدد العاقدين إذ لا يتم العقد بإرادة منفردة، بل يلزم ان يكون الإيجاب من متعاقد، والقبول من متعاقد آخر، وما يرجع إلى العقد فهو توافق الإيجاب بالقبول وإلا كان العقد باطلا، أما ما يرجع إلى المعقود عليه فهو يجب أن يكون موجودا عند التعاقد أو ممكنا، وان يكون معلوما ومالا متقوما و صالحا للتعامل فيه.

ان الفقهاء الأحناف يشترطون لانعقاد العقد توافر ركن العقد وشروط انعقاده وهي ما يسمى بأصل العقد، فإذا توفرت كلها كان العقد منعقدا وإلا كان باطلا غير منعقد.

أما فيما يتعلق بشروط الصحة وهي ما تسمى بأوصاف العقد، فإنهم يشترطون خلافا لجمهور الفقهاء، أن يكون المعقود عليه معلوما لكل المتعاقدين علما نافيا للجهالة، خاليا من المنازعة، غير فاسد، مقدور التسليم من غير ضرر.

فإذا تخلف عنصر أو أكثر من شروط الصحة في العقد كان العقد فاسدا عندهم، بينما عند جمهور الفقهاء يكون العقد باطلا. وبذلك يكون الأحناف قد وضعوا مرتبة وسطى بين البطلان والصحة، إذ يميزون بين أصل العقد ووصفه، فيكون أصل العقد هو ركن العقد وشروط انعقاده، أما أوصاف العقد فهي شروط الصحة التي ترجع في اغلبها إلى المحل. فيكون العقد باطلا إذا كان غير مشروع في أصله و وصفه، بينما إذا كان مشروعا في أصله دون وصفه كان العقد فاسدا.

ان نظرية الفساد التي جاء بها الأحناف قد أدخلت اضطرابا على تنظيم عيوب الإرادة في العقد إذ أن حكم الإكراه وهو عيب من عيوب الإرادة هو الفساد، بينما عند جمهور الفقهاء و القوانين المستمدة منه هو عدم النفاذ.

ينتقل العقد بعد تخطي مرحلة الانعقاد والصحة إلى مرحلة النفاذ، وهي شروط النفاذ التي تجعل العقد يفيد حكمه و يرتب أثاره. فالعقد النافذ هو الذي يصدر ممن يملك الولاية على نوع التصرف وعلى محل العقد، فإذا تخلفت هذه الشروط، أي صدر التصرف من غير مالك أو من غير ذي ولاية كبيع ملك الغير، أو تعلق به حق الغير، كأن يبيع شيئا مرهونا، كان العقد موقوفا النفاذ على إجازة من له الحق في الإجازة.

وتتمثل الولاية على العقد في الأهلية، وهي أن تتوفر في المتعاقد الذي يبرم العقد أهلية التصرف، أي أن يكون أهلا بالغا سن الرشد، فإذا تخلفت هذه الولاية كان العقد صحيحا لتمام ركنه وشروط صحته لكنه موقوف لتخلف شرط النفاذ.

أما إذا تخلفت الولاية على المعقود عليه، كأن يكون المحل غير مملوك للعاقد، أو كان مملوك له لكن تعلق به حق للغير، كان العقد غير نافذ أي موقوف النفاذ.

ويصل العقد إلى مرحلة اللزوم، فيكون العقد نافذا لازما إذا صدر عن شخص يتمتع بالأهلية وله ولاية إصداره ولم يتعلق به حق للغير ولا خيار فيه، ولا يملك أي من العاقدين فسخ العقد وإبطاله أو التحلل منه، لكن يجوز لهما ذلك بالاتفاق على فسخه، كعقد البيع و عقد الإيجار و العقود التي تأبى الفسخ كالطلاق والخلع والزواج فهي كلها تلزم أطراف العقد رضائيا أو كرها.

ويكون العقد نافذا غير لازم بطبيعته إذا كان لأحد الطرفين أن يفسخ العقد بإرادته المنفردة فقط، كعقود الوكالة و الوديعة، ويكون لازما بطبيعته لكن ترد عليه إحدى الخيارات العقدية كخيار الشرط، أو كانت إرادة احد المتعاقدين أو كلاهما مصابة بعيب من عيوب الإرادة.

يتضح مما سبق أن العقد لكي ينتج أثاره ويفيد حكمه يلزم أن يمر بمراحل أربع وهي الانعقاد، والصحة، والنفاذ، واللزوم. ويرجع الفضل إلى الفقهاء الأحناف الذين ابرزوا هذه التقسيمات و احكموا صياغتها صياغة محكمة متميزة، يميزون بين الركن و الشرط، و يجعلون الشرط على درجات منها ما هو يرجع إلى الانعقاد أو إلى الصحة أو إلى النفاذ أو إلى اللزوم.

اما فقهاء القانون الوضعي لم يميزوا بين الركن و الشرط، فهم يجعلون حكم شرط صحة العقد واحد إذا تخلف كان العقد قابلا للإبطال، فالعقد في القانون إما أن يكون صحيحا وإما باطلا أو قابلا للإبطال.

ان المقصود من دراستنا هو العقد الموقوف، أي العقد غير النافذ، المنعقد والصحيح، الذي اختل فيه احد شروط النفاذ والذي لا يرتب أثره إلا عند صدور الإجازة ممن يملكها شرعا.

ان موضوع دراسة العقد الموقوف لم يلق إجماعا في الفقه الإسلامي على الأخذ به، بل كان موضوع خلاف بين الفقهاء،حيث اختلفوا في مشروعيته: ففي المذهب الشافعي وفي رواية عن أحمد بن حنبل لا يوجد عقد موقوف لأن العقد الصحيح عندهم لا يكون إلا نافذا إذ اعتبروا شروط النفاذ هي شروط انعقاد، فإذا تخلفت كان العقد باطلا، أما فقهاء الحنفية والمالكية والحنابلة في رواية أخرى لديهم، فان العقد يكون موقوفا إذا تخلفت شروط نفاذه التي هي ولاية العاقد أو ولاية المعقود عليه.

وهذه الصفة المميزة للعقد الموقوف وهي أنه غير منتج لأي أثر حال انعقاده، إلى أن تلحقه الإجازة ممن تقرر الوقف حماية لمصلحته، فإن أجازه نفذ وإن لم يجزه اعتبر كأن لم يكن، وهي ميزة ينفرد بها عن أغلبية العقود الصحيحة في القانون المدني كالعقد القابل للإبطال المعروف في القانون المدني الفرنسي والقانون المدني المصري والقانون المدني الجزائري.

والأصل العام في العقد أن يكون منتجا لآثاره حال انعقاده أما عدم النفاذ فيعتبر استثناء من القاعدة، وإن كان هذا ليس هو الخروج الوحيد عن الأصل، فهناك سبب لامتداد نفاذ العقد إلى وقت سابق عن انعقاده ويرجع ذلك لإرادة العاقد، أو إلى تراخي آثاره إلى وقت لاحق لانعقاده الذي قد يكون بنص قانوني أو بناء على اتفاق، كما لو علق نفاذ العقد على شرط واقف أو على أجل، إذ النفاذ يتراخى إلى وقت تحقق الشرط أو حلول الأجل.

غير أن الفقهاء الذين اعتنقوا فكرة العقد الموقوف اختلفوا في تحديد قسمه هل هو نظام خاص وقسم مستقل من العقود إلى جانب العقد الصحيح أم أنه يعتبر قسما من العقد الصحيح.

فبعضهم يرى أنه قسم قائم بذاته وله نظام خاص، وبذلك فهو ليس فرعا من العقد الصحيح، بينما يرى البعض الآخر انه ليس قسما مستقلا بذاته بل هو قسم من العقد الصحيح الذي قد يكون إما نافذا وإما موقوفا.

وقد سعيت من خلال هذه الدراسة إلى استعراض النظريات والآراء الفقهية حول مشروعية العقد الموقوف وماهيته، وتناولت متى تطلَّبت الحاجة ذلك موقف القانون المدني من مكانة العقد الموقوف بين الصحيح والباطل.

أهميـة الموضوع:

تجعل فكرة وقف العقد ذاتية خاصة للعقد الموقوف متميزة سواء بالنظر إلى مرتبته بين العقود في الفقه الإسلامي أو ما يقابل أسباب الوقف وشروط النفاذ في القانون، ذلك أن وقف نفاذه يفتح باب النفع بإتاحة فسحة لتقرير نفاذه أو رفضه، كما أنه أيضا يسد باب الضرر الذي قد يلحق من جراء نفاذه أي يمكن التريث في نفاذه. ويظهر ذلك جاليا في وقف تصرف الفضولي مثلا على إجازة المالك، فان رأى فيه مصلحة له أجازه، وإلا رده، وفي هذا حماية لحقه، وحفاظ على ماله، وفي وقف تصرف ناقص الأهلية على إجازة وليه أو وصيه، وهذا يتفق مع ما تهدف إليه الشريعة الإسلامية من المحافظة على الحقوق، و عصمة الأموال.

ونرى من خلال هذه الدراسة، انه لو عملت التشريعات في الدول العربية على توحيد القاعدة القانونية المستمدة من الشريعة الإسلامية، وذلك بدراسة الفقه الإسلامي بطريقة مقارنة حديثة يتلاءم أسلوبها مع روح العصر ويساير التطورات التشريعية المعاصرة، فذلك سيؤدي لا محال إلى منافسة القوانين الوضعية التي وجدت نفسها في أكثر من موضوع إلى استعارة أنظمة أخرى لسد الفراغ الحاصل، كمثل ما في العقد القابل للإبطال، فقد لجأت إلى استعارة فكرة عدم السريان لسد جزاء بيع ملك الغير.

ونرى انه من الضروري دراسة مواضيع الفقه الإسلامي وإخراج كنوزه الدفينة خاصة أن المادة الثانية من الدستور الجزائري تنص على أن الإسلام دين الدولة وأن المادة الأولى من التقنين المدني جعلت مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرسمي الاحتياطي الأول للقانون.

وقد اعتمدنا في دراستنا على نصوص مجلة الأحكام العدلية التي كانت أول تقنين رسمي لأحكام الفقه الإسلامي وفق المذهب الحنفي الذي اعتمد في الدولة العثمانية ليطبق بعدها على الدول الإسلامية التي اعتمدت فكرة العقد الموقوف، إلى جانب نصوص مرشد الحيران الذي نص على أحكام العقد الموقوف في كثير من مواده.

أما التقنينات الحديثة التي أرست أحكام العقد الموقوف، ومن ابرزها التقنين المدني العراقي الذي هو أشد التقنينات تأثرا بالفقه الإسلامي في كثير من مواضعه وبالأخص في نظرية العقد الموقوف، فقد نظمها بشكل محكم وتوسع في أسبابه وكذا مجلة الأحوال الشخصية التونسية والتقنين المدني الأردني والسوداني والإماراتي والكويتي وتقنين الإمارات العربية المتحدة.

أما بالنسبة إلى القانون الجزائري فإن التقنين المدني الصادر بتاريخ 1975/09/26 بالأمر رقم 75-58 المعدل والمتمم فقد تضمن أحكام العقد في الفصل الثاني من الباب الأول ومن هذه الأحكام تلك المنظمة لفكرة بطلان العقد وقابليته للإبطال وكذا تلك المنظمة للأهلية.

وقد نصت المادة 79 من التقنين المدني على أنه: « تسري على القصر والمحجور عليهم وعلى غيرهم من عديمي الأهلية أو ناقصيها قواعد الأهلية المنصوص عليها في قانون الأسرة ».

وتضمن تقنين الأسرة الجزائري الصادر بتاريخ 1984/06/09 تحت رقم 84-11 المعدل و المتمم أحكام الأهلية في الفصل الأول المعنون (أحكام عامة) من الكتاب الثاني المسمى النيابة الشرعية.

ومن خلال تفحصنا لهذه الأحكام المذكورة وغيرها الواردة بالتقنينين وجدنا تعارضا بين بعض المسائل، من أهمها مسألة التصرف الدائر بين النفع والضرر[1] الذي وقف فيه المشرع حائرا بين اعتناق فكرة قابلية هذا التصرف للإبطال التي استمدها من تقنين نابليون والقوانين المستمدة منه، وعلى رأسها القانون المدني المصري، وبين اعتناق فكرة العقد الموقوف المستمدة من الفقه الإسلامي وبعض التقنينات المدنية العربية، وعلى رأسها التقنين المدني العراقي والتقنين المدني الأردني.

وإذا كان المشرع الجزائري في المادة83 من تقنين الأسرة قد اعتنق فكرة وقف تصرف الصبي المميز الدائر بين النفع والضرر من الفقه الإسلامي، وباعتبار أن تقنين الأسرة الجزائري يعتبر جزءا مكملا للتقنين المدني، فإنه ينبغي مراعاة الانسجام والاتساق في الأحكام المنظمة

1 – محمد سعيد جعفور وفاطمة أسعد، التصرف الدائر بين النفع والضرر في القانون المدني الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، ط 2002، ص9 .

لمثل هذا الموضوع الذي وردت سابقا في التقنين المدني لتفادي التعارض بين أحكام نصوص القانون.

وزيادة على ذلك، فإن المشرع الجزائري لم يتناول بالتفصيل المسائل المتعلقة بالتصرف المتردد بين النفع والضرر بل اكتفى في التقنين المدني بجواز طلب الإبطال لمن خوله القانون هذا الحق وحق النزول عن هذا الحق بالإجازة الصريحة أو الضمنية طبقا لأحكام المادة 101 من التقنين المدني، واكتفى في قانون الأسرة بنص المادة 83 منه، معتبرا تصرف الصبي المميز موقوف النفاذ على إجازة الولي أو الوصي.

أسباب اختيار الموضوع:

ان اعتناق فكرة العقد الموقوف المستمدة من الفقه الإسلامي لم يتحقق في مواضع عدة ومنها عيوب الإرادة، بيع ملك الغير الذي تضاربت الآراء الفقهية حول حكمه، حكم تجاوز الوكيل حدود وكالته في غير الحالات المستثناة، بيع المستأجر والمرهون رهنا رسميا وتصرف المدين المحجور عليه إضرارا بدائنيه وتصرف الشريك في الحصة الشائعة وتصرفات المريض مرض الموت. فكل هذه التصرفات بقيت دون تحقيق الهدف المأمول في إيجاد نظرية متكاملة واضحة المعالم والحدود للعقد الموقوف في هذا القانون. وأن هذه المسائل وغيرها هي التي نحاول البحث فيها من خلال هذه الدراسة.

إن هذا الأمر هو الذي شحذ همتنا من أجل البحث في نظرية العقد الموقوف التي جاءت متكاملة منسجمة في الفقه الإسلامي تحقق الحماية لأطراف العقد والغير صاحب المصلحة، على عكس القابلية للإبطال التي تجعل العقد نافذا منتجا لآثاره، ثم قد تأتي مرحلة إبطاله ممن له الحق في ذلك قانونا. فيكون عقد قابل للإبطال من قبل المشتري من ناحية و عقد غير ساري في حق المالك من ناحية أخرى، فيترتب عنه أولا: إن المشتري إذا أجاز العقد سقط حقه في الإبطال دون أن تمس هذه الإجازة بحق المالك في عدم سريان العقد في حقه وثانيا: إذا اقر المالك التصرف فانه يسقط حقه في عدم سريان العقد عليه، وفي نفس الوقت يسقط حق المشتري في التمسك بالإبطال اعتبارا من تاريخ الإقرار وثالثا: إذا اقر المالك العقد، فان العقد يصبح نافذا من تاريخ الإقرار وليس من تاريخ إبرام العقد و يترتب عليه أن الإقرار لا يضر بالحقوق التي كسبها الغير من المالك قبل صدور الإقرار.

والهدف من هذه الرسالة هو العقد الموقوف، أي العقد غير النافذ الذي يقترب من العقد القابل للإبطال في القانون، وغايتنا من ذلك هي بيان المسائل التي عالجها الفقه الإسلامي بفكرة الوقف، وكيف عالج القانون هذه المسائل، ثم البحث عن أسس كل منهما وأيهما أكثر نجاحا وتوفيقا.

وفي سبيل تحقيق هذا الهدف، اخترنا أن يكون منطلق دراستنا هو الفقه الإسلامي بمناقشة آراء المذاهب، وصولا إلى موقف القانون في كل موضوع تطرق إليه الفقه ورسِا اتفاقه عليه واختلافه بشأنه.

وعليه نحاول الإجابة عن الإشكالية التالية:

- ما هي حقيقة العقد الموقوف عند فقهاء الشريعة الإسلامية، وهل اتفقوا حول مشروعيته؟ وما يقابله من نظم في القانون؟ وما هي أهم المسائل التي عالجها الفقه الإسلامي بفكرة الوقف، وكيف عالج القانون عامة والمشرع الجزائري خصوصا هذه المسائل وأيهما أكثر توفيقا ونجاعة؟

ومن ذلك يتضح ما إذا كان من الأفضل النص على فكرة الوقف في القانون مستمدة من الفقه الإسلامي أم لا.

المنهجية المتبعة في الدراسة:

اعتمدت في هذا الموضوع على منهجين أساسيين:

الأول: المنهج الاستقرائي المقارن بجمع وتحصيل كل ما له صلة بموضوع الرسالة من النواحي الآتية:

- الناحية الفقهية الشرعية، عن طريق تتبع آراء الفقهاء وتقصي النصوص والأحكام المتعلقة بالعقد الموقوف.
- الناحية القانونية، تحصيل المواد القانونية ومناقشتها وإقامة مقارنة بين النصوص والمواد القانونية عن طريق تحصيل النصوص القانونية وعقد مقارنة مع بعض التشريعات الغربية والعربية.

الثاني: المنهج التحليلي بمعالجة كل ما تم الوقوف عليه وجمعه من تعاريف لغوية واصطلاحية وأراء فقهية ونصوص قانونية وأحكام واجتهادات قضائية في نسق متسلسل حسب

الترتيب الموضوعي للعناصر، مع الاقتصار على المسائل التي تخدم البحث بصورة مباشرة، بحيث أفرد بداية كل باب لسرد المذاهب والأقوال الفقهية باستقائها من مظانها الأصلية، مع عرض أدلة كل فريق وتمحيصها والموازنة بينها اعتمادا على قوة الدليل ثبوتا ودلالة للخروج بالقول الأصوب، ثم بعدها انتقل إلى الجانب ألقانوني لأعقد بين هذه الدراسة الفقهية والدراسة القانونية مقارنة متوازنة، بهدف تحصيل النصوص القانونية ومناقشتها وإسقاطها على موضوع البحث، بالإضافة إلى عقد مقارنة، ولو مختصرة، مع بعض التشريعات الغربية والعربية التي وقفت عليها.

وقد حاولت **دراسة نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي وتطبيقاتها في القانون المدني ألجزائري، بانتهاج خطة تشتمل** على بابين:

تناولت في **الباب الأول** بيان حقيقة العقد الموقوف، تصديت فيه لضبط العقد الموقوف، من خلال تعريفه ثم مشروعيته واستعراض آراء الفقهاء من حيث مكانته بين العقود الصحيحة والباطلة ومقارنته ببعض الأنظمة المشابهة له وذلك كله في **الفصل الأول**.

وعالجت في **الفصل الثاني** موضوعا مهما جدا وهو حكم العقد الموقوف وآثاره قبل ورود الإجازة عليه، ثم عند إجازته ممن يخول له المشرع ذلك، مع تحديد المقصود بالإجازة وخصائصها وشروطها وكيفية التعبير عنها، ثم أخيرا عالجت حكم هذا العقد عند رفض الإجازة، وذلك في ثلاثة مباحث.

وتطرقت في الباب الثاني إلى تطبيقات العقد الموقوف وأسباب وقف العقد، بينت فيها الكيفية التي عالج بها الفقه الإسلامي فكرة الوقف في مسائل عديدة. وينتظم تحت هذا الباب ثلاثة فصول:

يحتوي **الفصل الأول** على الوقف لانعدام الولاية على محل العقد، تناولت في المبحث الأول منه تصرفات الفضولي في مال غيره بالبيع والشراء والإيجار والهبة ثم في مبحث ثان درست تجاوز الوكيل حدود الوكالة وتعاقد النائب مع نفسه دون إذن من الأصيل، وفي المبحث الثالث عالجت وقف العقد لانعدام ولاية العقد.

وفي **الفصل الثاني** تعرضت إلى الوقف لتصرف مالك في مال له تعلق به حق الغير، وفيه تناولت التصرف ببيع المرهون والشيء المستأجر في مبحث أول، وتصرف الشريك بالبيع في الحصة الشائعة في مبحث ثان، وتصرفات المدين المحجور عليه بدين مستغرق بالبيع في مبحث ثالث، ثم أخيرا في مبحث رابع تصرفات المريض مرض الموت.

و**ختمت** هذه الدراسة بخلاصة توصلت فيها إلى نتائج بصدد نظرية العقد الموقوف، وأدرجت فيها بعض الاقتراحات في شكل مجموعة من مواد تتعلق بأحكام هذا العقد.

الباب الأول

حقيقة العقد الموقوف

يعتبر العقد أهم وأبرز الآليات القانونية لتنظيم المعاملات القانونية بين الأفراد في المجتمع، لذلك أولته الدراسات الفقهية والقانونية، الحديثة منها والقديمة، اهتماما كبيرا، الأمر الذي أدى إلى تعدد مراتبه واختلاف تقسيماته من فقيه إلى آخر ومن نظام تشريعي إلى آخر.

ولما كان موضوع رسالتنا يتناول العقد الموقوف، أحد أقسام العقود، نقول إنه لم يلق إجماعا في الفقه الإسلامي على الأخذ به، وإنما عرف اختلافا بينا في مذاهب هذا الفقه وكذا عند شراح القانون المدني، مما أدى إلى ظهور اتجاهات فقهية بين مؤيدين لفكرة الوقف ومعارضين لها، وهو ما دفع بالتشريعات إما إلى اعتناق فكرة الوقف وتنظيم أحكامه وإما إلى إغفاله واستبداله بنظام آخر.

إنّ العقد، في نظر الفقهاء الذين يعترفون بفكرة العقد الموقوف، يمر في سبيل استكمال تكوينه بمرحلتين هما مرحلة الانعقاد ومرحلة الصحة: فإذا اجتاز العقد مرحلة الانعقاد انعقد، أما إذا لم يجتزها فيبطل، ثم ينتقل إلى مرحلة الصحة فإن اجتازها فهو صحيح، وإن لم يجتزها فهو باطل[1].

والعقد من حيث الصحة والبطلان في الفقه الإسلامي أكثر تدرجا منه في فقه القانون الوضعي الذي يتراوح العقد فيه بين أن يكون إما صحيحا وإما باطلا، في حين أن العقد في الفقه الإسلامي يتدرج من البطلان إلى الفساد، ومن الفساد إلى الوقف، ومن الوقف إلى النفاذ، ثم من النفاذ إلى اللزوم. وبذلك تنقسم العقود في الفقه الإسلامي من حيث الصحة والبطلان إلى قسمين: قسم يتمثل في العقد الصحيح وقسم في العقد غير الصحيح.

فالعقد الصحيح هو ما كان مشروعا بأصله ووصفه، وتوفرت فيه أركانه وشروطه، وكان خالياً من أي وصف يخرجه عن المشروعية ويصلح لأن يكون سببا لترتيب حكم

1 – عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد والإرادة المنفردة، دراسة معمقة ومقارنة بالفقه الإسلامي، 1984، ص516، وقد جاء فيها ما يأتي: « لكن هل يكفي مرور العقد بمرحلة الصحة حتى يفلح في إنتاج آثاره؟ القانون المعاصر يجيب بنعم حيث إن آثار العقد تترتب عليه بمجرد قيامه أي بمجرد توافر أركانه حتى ولو كان ينطوي على سبب يصلح لإبطاله... أما الفقه الحنفي فلا يسمح للعقد دوما أن يرتب آثاره بمجرد أن يكون منعقدا وصحيحا ومن هنا جاء انقسام العقود بالنسبة إلى إنتاج آثارها إلى عقد نافذ وآخر موقوف».

الشرع الذي جعله له[1]. وتقضي المادة 217 من مرشد الحيران بما يلي: « العقد الصحيح الذي يظهر أثره بانعقاده هو العقد المشروع ذاتا ووصفا والمراد بمشروعية ذاته ووصفه أن يكون صادرا من أهله مضافا إلى محل قابل لحكمه وأن تكون أوصافه صحيحة سالمة من الخلل وأن لا يكون مقرونا بشرط من الشروط المفسدة ».

وحكم العقد الصحيح هو ترتيب كل آثاره، ما لم يكن هناك ما يحول دون نفاذه فيجعله موقوفا على إجازة أو رفض ممن خُول له ذلك، أو يكون هناك ما يحول دون لزومه. وعليه فالعقد الصحيح إما أن يكون نافذا لازما أو غير لازم وإما أن يكون موقوفا[2].

فالعقد النافذ اللازم هو ما كان مشروعا بأصله ووصفه ولم يتعلق به حق الغير ولا خيار فيه، كأن يكون بطبيعته غير قابل للفسخ، ولم يكن فيه خيار من الخيارات لأن الخيار معناه أن يكون لأحد العاقدين الحق في فسخ العقد ومن شأنه أن يجعل أحد العاقدين غير ملزم بالتزامات العقد، فينتج جميع الآثار التي تترتب عليه، ويلزم كلا من المتعاقدين بحيث لا يجوز الرجوع فيه إلا إذا اتفقا على التقايل[3]، كعقد البيع والإيجار والحوالة. وقد قضت المادة 113 من مجلة الأحكام العدلية بما يلي: « البيع اللازم هو البيع النافذ العاري عن الخيارات » اتفقا على التقايل[4].

---

1 – زين الدين بن إبراهيم بن محمد، الشهير **بابن نجيم** المصري، البحر الرائق شرح كنز الدقائق ج 6، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت، ص75، وقد ورد فيها: « الصحيح ما استجمع أركانه وشرائطه بحيث يكون معتبرا شرعا في حق الحكم »؛ عبد الرزاق حسن فرج، نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة بالقانون المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، 1969، ص19؛ محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، القاهرة، 1996، ص358؛ محمد سلام مدكور، المدخل للفقه الإسلامي: تاريخه ومصادره ونظرياته العامة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1960، ص600.

2 – ابن نجيم، البحر الرائق، ج 6، المرجع السابق، ص75؛ طاهر معتمد خليفة السيسني، نظرية الإجازة وأثرها في العقود والتصرفات في الفقه الإسلامي، جامعة الازهر، القاهرة، ط 1999، ص13.

3 – علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتاب العربي بيروت، ط 2، ج 5، 1982، ص228، حيث يقول: « وأما شرائط لزوم البيع بعد انعقاده ونفاذه وصحته فواحد هو أن يكون خاليا عن خيارات أربعة: خيار التعيين وخيار الشرط وخيار العيب وخيار الرؤية فلا يلزم مع أحد هذه الخيارات ».

4 – مجلة الأحكام العدلية تقنين رسمي لأحكام الفقه الإسلامي منتقاة من قسم المعاملات من الفقه الحنفي أوجدته الدولة العثمانية سنة 1876، وقد رتبت مباحثها على الكتب والأبواب الفقهية المعهودة، ولكنها فصلت الأحكام بمواد ذات أرقام متسلسلة على طريقة التقنينات الحديثة ليسهل الرجوع إليها، فجاء مجموعها في 1851 مادة مقسمة على 16 كتابا. وقد طبقت في الجزء الأكبر من الدولة العثمانية، وكانت دولة الكويت آخر من عمل بأحكامها إلى غاية 1981/02/25 وهو تاريخ صدور التقنين المدني الكويتي.

وترجع الحكمة في لزوم العقد إلى أهمية إسباغ الجدية على التعاقد، بحيث لا يجوز التلاعب والاستخفاف بقوة العقد ولزومه من أحد الأطراف[1].

والعقد النافذ غير اللازم هو العقد الصحيح النافذ الذي يمكن فسخه من أحد المتعاقدين دون توقف على رضا الطرف الآخر[2]، كالوكالة والشركة والوديعة والرهن والكفالة وهي العقود التي يسميها الفقهاء العقود الجائزة، لأنه يجوز لأي من طرفيها فسخ العقد بمفرده دون رضا وموافقة الآخر[3]، وهناك عقود لا يجوز فسخها حتى برضا الطرفين، كالصلح والخلع، فلا يمكن الرجوع فيه لمراعاة الحكمة من تشريعه[4].

والعقد الموقوف (غير النافذ)، وهو صناعة فقهية للأحناف ووبعض المالكية، هو العقد الذي يصدر من شخص أهل لإصداره ولكن ليست له ولاية إنشائه، وإنه لا يترتب على إنشائه أي أثر من آثاره بل يتوقف ترتب أثره على إجازة من له حق مباشرته، فإن أجازه صار نافذا وإن رفضه بطل. ومن أمثلة هذا العقد، عقد الفضولي وتصرف الصبي المميز والسفيه والمعتوه[5].

لكن جمهور الفقهاء، ما عدا الحنفية وبعض المالكية، يجعلون العقد الموقوف عقدا

---

1 – يقول عبد الرزاق أحمد السنهوري (مصادر الحق في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، المجلد الثاني، ج 4، د.ت.ن، ص131): « وهذه هي المرتبة العليا من الصحة والقوة في العقود »؛ ونصت المادة 113 من مجلة الأحكام العدلية على أن: « البيع اللازم هو البيع النافذ العاري عن الخيارات ».

2 – محمد سلام مدكور، المرجع السابق، ص603؛ علي الخفيف، أحكام المعاملات الشرعية، مطبعة السنة المحمدية، القاهرة، ط 4، 1952، ص124، حيث جاء إن « هذا النوع يكون غير لازم لذاته بالنسبة للطرفين كالشركة والوكالة والعارية والوديعة وقد يكون غير لازم لأحدهما ولازما للآخر كالرهن فإنه لازم بالنسبة إلى الراهن وغير لازم بالنسبة إلى المرتهن فله أن يستقل بفسخه وكالكفالة فإنها لازمة بالنسبة إلى الكفيل وغير لازمة بالنسبة للمكفول له فله أن يبرئ منها ».

3 – محمد نجيب عوضين المغربي، نظرية العقد في الفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، 2003، ص123؛ محمد مصطفى شلبي، المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي وقواعد الملكية والعقود فيه، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان،1985، ص371؛ وانظر عبد الرزاق حسن فرج، المرجع سابق، ص22 حيث ورد الآتي: « يكون العقد نافذا غير لازم: 1 – إذا كان بطبيعته قابلا لأن يرجع فيه أحد العاقدين بإرادته وحده دون توقف على رضاء الآخر. 2 – إذا كان فيه خيار من الخيارات المعروفة »

4 – علي الخفيف، المرجع السابق، ص134؛ محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص ص367–368؛ محمد عوضين المغربي، المرجع السابق، ص124.

5 – علي الخفيف، المرجع السابق، ص133؛ محمد سلام مدكور، المرجع السابق، ص603.

باطلا، لأنه منهي عنه ولأن الولاية عندهم شرط لانعقاد العقد. وبذلك لا يكون لديهم العقد صحيحا إلا النافذ منه فقط[1].

أما العقد غير الصحيح فهو قسم واحد لدى جمهور الفقهاء، وهو لا يترتب عليه أثره الشرعي لأن خللا، في صيغته أو ركنه أو محله أو في العاقد أو في أي وصف، اتصل به يخرجه عن مشروعيته[2].

فالعقد الباطل هوما لا يكون مشروعا لا بأصله ولا بوصفه، فلذالا يترتب عليه أي أثر من آثاره لأنه معدوم[3]، كالعقد الذي يبرمه المجنون أو الصبي غير المميز. وقد نصت المادة 219 من مرشد الحيران على ما يلي: « العقد الباطل هوما ليس مشروعا لا أصلا ولا وصفا أي ما كان في ركنه أو في محله خلل بأن كان الإيجاب والقبول صادرين ممن ليس أهلا للتعاقد أو كان المحل غير قابل لحكم العقد وهولا ينعقد أصلا ولا يفيد الملك في الأعيان المالية ولو بالقبض ».

في حين يرى الحنفية أن العقد قد يوجد بأركانه ومحله ولكن له صفة لا يقرها الشرع، كأن يبيع شخص مالا غير متقوم كالخمر أو يبيع المعقود عليه لمدة عشر سنوات، أو يبيع دابة غير معينة من دوابه، أو يضيف عقدا أو يعلقه. ففي كل هذه الحالات يوجد العقد لكن على صفة تفضي إلى النزاع أو إلى إباحة ما نهى عنه الشارع، وهو ما يعرف عند الأحناف بالعقد الفاسد. ويعرّف العقد الفاسد بأنه « ما كان مشروعا بأصله لا وصفه »[4].

والعقد إذا لزمه وصف منهي عنه كان منهيا عنه من الشارع ولا يقره لوجود هذا الوصف فيه، ولهذا أمر بعدم نفاذه وأوجب على المتعاقدين رفعه وفسخه وإلا قام به القضاء وألزمهما به[5].

إنّ العقد الفاسد، كالعقد الباطل، لا ترد عليه الإجازة، كما هو في العقد الموقوف، ولا ينتقل

---

1 – سنتطرق إليه بالتفصيل في موضوع مشروعية العقد الموقوف عند الفقهاء.

2 – أحمد فراج حسين، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 1999، ص273.

3 – ابن نجيم، المرجع السابق، ج 6، ص75.

4 – علي الخفيف، المرجع السابق، ص130؛ عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق، ج 4، المرجع السابق، ص127؛ محمد نجيب عوضين المغربي، المرجع السابق، ص138.

5 – محمد سلام مدكور، المرجع السابق، ص605 ورد فيها: « فوجب فسخه إلا إذا حدث في محل العقد ما يمتنع معه الفسخ كأن يكون محل البيع دارا فهدمها أو شاة فذبحها، ويكون إبقاء العقد عند استحالة الفسخ لكن لم يرتب عليه أحكاما بل رتبها على تنفيذ العاقدين للعقد مخالفين أمر الشرع... ».

الملك فيه قبل القبض. أما إذا تم قبض المبيع مثلا من طرف المشتري بإذن البائع ثبت الملك له[1].

وهذا التقسيم يعمل به الأحناف بالنسبة إلى المعاملات، أما العبادات فلا تكون عندهم إلا صحيحة أو باطلة، إذ يدخل الفاسد في قسم الباطل[2].

وقد أخذ كل من التقنين المدني العراقي والأردني بفكرة العقد الموقوف من الشريعة الإسلامية وأحلها محل فكرة العقد القابل للإبطال، التي اعتنقها كل من التقنين المدني المصري والجزائري. في حين أخذ المشرع الجزائري بفكرة العقد الموقوف في تقنين الأسرة.

وللإحاطة بحقيقة العقد الموقوف، نصب دراستنا في هذا الباب الأول على الوقوف على المقصود بالعقد الموقوف (الفصل الأول) وعلى حكم هذا العقد (الفصل الثاني).

1 – علي الخفيف، المرجع السابق، ص131؛ محمد عوضين المغربي، المرجع السابق، ص139؛ أحمد فراج حسين، المرجع السابق، ص277؛ عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، ص511.

2 – ابن نجيم، الأشباه والنظائر، للشيخ زين العابدين بن ابراهيم، مؤسسة الحلبي وشركاؤه للنشر والتوزيع، 1387هـ – 1968م، ص 185، ورد فيها ما يأتي: « الباطل والفاسد عندنا في العبادات مترادفان وأما في البيع فمتباينان، فباطله ما لا يكون مشروعا بأصله ووصفه، وفاسده ما كان مشروعا بأصله دون وصفه »، محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص361.

الفصل الأول

المقصود بالعقد الموقوف

لتحديد مفهوم العقد الموقوف، سنحاول التعرف على المقصود منه في اللغة ثم في اصطلاح الفقه الإسلامي والقانوني، وذلك مع بيان شروط وقفه، ثم إنه لإبراز مرتبة هذا العقد ومكانته بين العقود الصحيحة والباطلة، ينبغي استعراض النظريات والآراء الفقهية حول مشروعيته (المبحث الأول). وبغية تمييز العقد الموقوف عما يقترب منه من نظم ومفاهيم قانونية قد يكون بينه وبينها وجه أو أوجه للتشابه، نعقد مقارنة بين هذا العقد وبين تلك النظم والمفاهيم القانونية لتتضح الفوارق بينه وبينها (المبحث الثاني)، وأخيرا نعرض لحالاته وشروطه (المبحث الثالث).

المبحث الأول

التعريف بالعقد الموقوف

يطلق الوقف **في اللغة**[1] على معان كثيرة منها:

للمنع والسكون، فيقال: وقف فلانا عن الشيء أي منعه، وقفت الدابة.

للحبس، فيقال: وقف الدار أي حبسها في سبيل الله.

للتعليق والتأخير، فيقال: وقف الأمر على حضور فلان، علق الحكم فيه على حضوره، وقفت قسمة الميراث إلى الوضع أي أخرته حتى وضع الحمل.

لقد أفاضتّ غالبية فقهاء الشريعة الإسلامية في دراسة موضوع التصرف الموقوف. وكان البحث في مسائله غزيرا ينم عن إمكانات فقهية واسعة قد لا تساويها دراسات فقهاء القانون المدني المعاصرين.

---

1 – جاء في المعجم الوسيط، ج 2، ص1051، إخراج إبراهيم أنيس والدكتور عبد الحليم المنتصر وعطية الصوالحي ومحمد خلف الأحمد ما يلي: « يقال وقف بمعنى سكن بعد المشي، يقال وقف على الشيء أي عاينه، ويقال وقف فلان على الأمر أي اطلع عليه، ويقال وقف الأمر على حضور فلان أي علق الأمر على الحكم عليه، وقف الدار أي حبسها في سبيل الله »؛ عيسى محمد عبد القادر المومني، العقد الموقوف في القانون المدني الأردني، كلية الحقوق، القاهرة، ص8؛ عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق، ص39؛ أحمد فراج حسين، المرجع السابق، ص180.

وقد اختلف الفقهاء المسلمون في تعريف العقد الموقوف، لأن كلا منهم يعرفه من زاوية معينة. ولوضع تعريف دقيق وواضح للعقد الموقوف، ينبغي استعراض مجمل التعريفات ومناقشتها. وعليه، نكرس هذا المبحث لتعريف العقد الموقوف في الفقه الإسلامي (المطلب الأول) ولتعريفه في القانون (المطلب الثاني)، وكذا لبيان شروط وقفه والحكمة منه (المطلب الثالث)، وأخيرا لمدى مشروعيته (المطلب الرابع).

المطلب الأول

تعريف العقد الموقوف في الفقه الإسلامي

لم يتفق فقهاء الشريعة الإسلامية في وضع تعريف شامل جامع للعقد الموقوف، لأنهم لم يتعرضوا لدراسة هذا العقد دراسة تأصيلية كما فعلوا بالنسبة إلى تعريف كل من العقد الصحيح والباطل والفاسد.

ولضبط تعريف العقد الموقوف عند فقهاء الشريعة الإسلامية الغراء، يتعين علينا أن نورد كل تعريف تيسر لنا أمر الإطلاع عليه في كل من المذهب الحنفي والشافعي والمالكي، ثم مناقشته حتى نتوصل إلى تعريف شامل كامل هذا كله في (الفرع الأول) ثم نورد تعريفه لدى فقهاء الشريعة المحدثين في (الفرع الثاني).

الفرع الأول

تعريف العقد الموقوف في المذاهب الفقهية

نعرض لتعريف العقد الموقوف في كل من المذهب الحنفي، الشافعي، وأخيرا المالكي.

أولا – تعريف العقد الموقوف في الفقه الحنفي:

يعرف فقهاء الحنفية العقد الموقوف بأنه: « العقد الذي لا حكم له ظاهرا يعرف في الحال »[1].

1 – يقول الكاساني (ج 5، المرجع السابق، ص306) ما يلي: « البيع الموقوف فهو مال الغير بدون إذن صاحبه وهو المسمى بيع الفضولي ولا حكم له يعرف للحال لاحتمال الإجازة من المالك فيتوقف في الجواب في الحال إلا أن يكون التوقف حكما شرعا »؛ محمد زكي عبد البر، "العقد الموقوف في الفقه الإسلامي وفي القانون المدني العراقي وما يقابله في القانون المدني المصري"، مجلة القانون والاقتصاد، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، العددان الاول والثاني، السنة الخامسة والعشرون، مارس وجوان 1955، ص8. وجاء في البحر الرائق لابن نجيم (ج 5، المرجع السابق، ص281) ما يلي: « أما شرائط النفاذ فالملك أو الولاية فلم ينعقد عندنا بيع الفضولي، ثانيا: ألا يكون في البيع حق لغير البائع، فإن كان لا ينفذ كالمرهون والمستأجر، واختلفت عبارات الكتب فيها، ففي بعضها أنه فاسد والصحيح أنه موقوف يحمل الفساد على أنه لا حكم له ظاهر وهو تفسير الموقوف عندنا »؛ محمد ابن عابدين، حاشية رد=

يلاحظ على هذا التعريف أنه جاء بميزة أساسية للعقد الموقوف تتمثل في تراخي حكمه عن لحظة إنشائه، كما أنه ينطبق على جميع حالات التوقف.

لكن ترد عليه ملاحظة أن هذا التعريف لم يبين الضابط الذي يحكم توقف العقود، كما يؤخذ عليه أنه لم يبين أن الإجازة أو الرد يؤديان إلى ظهور حكمه[1].

وعرّفه البعض الآخر بأنه « ما تعلق به حق الغير »[2].

يمتاز هذا التعريف بشموله لجميع حالات العقد الموقوف، سواء كانت هذه الحالات ترجع إلى سبب يتعلق بالمعقود عليه كتصرف الفضولي في مال غيره أو تصرف المريض مرض الموت، أم كانت ترجع إلى سبب يتعلق بصلاحية العاقد للتصرف كتصرف الصغير المميز الدائر بين النفع والضرر والمحجور عليهم قضائيا كالسفيه وذي الغفلة. والمقصود بالغير في هذه التصرفات هو المالك في تصرف الفضولي والورثة في تصرف المريض مرض الموت في ماله والولي أو الوصي في تصرفات الصغير المميز الدائر بين النفع والضرر.

ولم يسلم هذا التعريف كسابقه من الانتقاد لعدم ذكره أن عدم نفاذ العقد إنما يكون إلى حين صدور الإجازة لمن يملكها شرعا. وعليه لا يصلح هذا التعريف أن يكون جامعا لكل أفراد الشيء المعرف[3].

وقال صاحب مجمع الأنهر في تعريف العقد الموقوف « إنه العقد المشروع بأصله

=المختار على الدر المختار، للعلامة محمد أمين بن عمر السيد المعروف بابن عابدين، دار احياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ج 3، ص100، حيث جاء ما يلي: « والموقوف هو ما تعلق به حق الغير »؛ محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص364؛ علي الخفيف، المرجع السابق، ص134. وتنص المادة 255 من مرشد الحيران على أنه: « يشترط لنفاذ البيع أن يكون البائع مالكا لما يبيعه أو وكيلا لمالكه أو وليه أو وصيه، وأن يكون المالك البائع بنفسه غير محجور عليه، وألا يتعلق بالمبيع حق الغير ».

1 – عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق، ص40؛ خليفة السيسني، المرجع السابق، ص51.

2 – محمد زكي عبد البر، المقال السابق، ص8 التي ورد فيها: « والضمير في "به" يعود إلى العقد لا إلى المعقود عليه لأنه لو عاد إلى المعقود لم يكن تعريفا جامعا، إذ قد لا يتعلق بالمعقود عليه حق الغير، ويكون العقد رغم ذلك موقوفا، كتصرف ناقص الأهلية في ملكه تصرفا دائرا بين النفع والضرر، كالبيع فإنه موقوف رغم أنه لم يتعلق بالشيء المتصرف فيه حق للغير... »؛ أحمد فراج حسين، المرجع السابق، ص275؛ جاء في البحر الرائق لابن نجيم الحنفي (ج5، المرجع السابق، ص 281) ما يلي: « ... اما شرائط النفاذ (ثانيا) أن لا يكون في المبيع حق لغير البائع ».

3 – عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق، ص40؛ مصطفى أحمد الزرقاء، الفقه الاسلامي في ثوبه الجديد، دمشق، سوريا، 1968، ص505.

ووصفه ويفيد الملك على سبيل التوقف »[1].

يمتاز هذا التعريف بما يستفاد من قوله مشروع بأصله ووصفه لكونه يعتبر العقد الموقوف قسما من أقسام العقد الصحيح، لكنه لا ينتج آثاره في الحال لتعلق حق الغير به.

ويؤخذ على هذا التعريف عدم بيانه أن الإجازة ممن يملكها شرعا تزيل حالة التوقف التي يكون عليها العقد.

ثانيا – تعريف العقد الموقوف في الفقه الشافعي:

يعرف فقهاء الشافعية، في المذهب القديم، العقد الموقوف بأنه التصرف الصادر ممن ليست له ولاية إنشائه كتصرف الفضولي الذي يبيع مال غيره، فينعقد موقوفا على الإجازة ممن يملكها شرعا[2].

لكن انتقد هذا التعريف لأنه لم يعرف أن العقد الموقوف هو قسم من العقد الصحيح كما، أنه لم يشر إلى أن العقد الموقوف يشمل تصرفات الصبي المميز الدائرة بين النفع والضرر، فهذا الصغير وإن كانت له ولاية إنشاء العقد، فإنه لا يملك الولاية على هذا النوع من التصرفات.

أما الشافعية في المذهب الجديد[3]، يرون ان العقد الموقوف كبيع الفضولي هو بيع باطل لأن الولاية على المعقود عليه عندهم شرط لوجود التصرف.

ثالثا – تعريف العقد الموقوف في المذهب المالكي:

إنّ المتتبع لأقوال فقهاء المذهب المالكي يلاحظ بأنهم عرفوا العقد الموقوف ولكن ليس بالصفة التي تناولها فقهاء الحنفية، إذ عرفوا هذا العقد بأنه تصرف يصدر ممن ليست له ولاية إنشائه، وينعقد موقوفا على الإجازة[4]، ومثاله بيع الفضولي لمال غيره وتصرف

---

1 – الرملي، نهاية المحتاج الى شرح المنهاج للعلامة شمس الدين محمد بن ابي العباس احمد بن حمزة بن شهاب الدين الرملي، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، ج3، ص ص23–24.

2 – أبو زكريا محي الدين بن شرف النووي، المجموع، شرح المهذب للشيرازي، ج 9، مكتبة الإرشاد، جدة، ص312، وقد جاء فيها أنه « لو باع مال غيره بغير إذن ولا ولاية فقولان القول الأول، وهو القديم، أنه ينعقد موقوفا على إجازة المالك إن أجازه صح البيع وإلا لغا »؛ طاهر معتمد خليفة السيسني، المرجع السابق، ص51.

3 – السيوطي، الاشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية للامام جلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ص285.

4 – يقول أبو محمد بن أحمد بن جزيء المالكي (قوانين الأحكام الشرعية ومسائل الفروع الفقهية، دار الفكر، 1985، ص248) ما يلي: « فأما الشراء لأحد بغير إذنه أو البيع عليه كذلك فهو بيع الفضولي فينعقد موقوفا على إذن ربه ».

الصغير المميز الدائر بين النفع والضرر.

وقد أُخذ على هذا التعريف أنه ناقص لأنه لم يعرف أن العقد الموقوف عقد صحيح. وهو التعريف نفسه الذي جاء به الحنابلة في إحدى الروايتين[1].

الفرع الثاني

تعريف العقد الموقوف عند فقهاء الشريعة الإسلامية المحدثين

وردت تعريفات مختلفة بشأن العقد الموقوف عن فقهاء الشريعة الإسلامية المحدثين، فقال بعضهم بأنه العقد الصادر من شخص له أهلية التعاقد دون أن تكون له ولاية إصداره، كالعقد الذي يصدر من الفضولي أو من الصبي المميز الدائر بين النفع والضرر ومن في حكمه، وهو لا يترتب عليه أثر إلا إذا لحقته الإجازة ممن يملكها شرعا، فإن هو لم يجزه بطل العقد[2].

يمتاز هذا التعريف بأنه يعرف العقد الموقوف بالعقد الصادر من شخص ليس له ولاية إصداره، ولكن يتوقف ترتيب آثاره على الإجازة، فإن أجيز نفذ وإن رد بطل. غير أنه تعريف أغفل ذكر أن العقد الموقوف عقد صحيح.

وعرّفه البعض الآخر بأنه قسم من أقسام العقد الصحيح، ولكنه غير نافذ إلا بموافقة شخص معين، فإن أجازه نفذ وإن لم يجزه بطل، ويكون العقد موقوفا إذا كان من يباشره ليس له ولاية مباشرته ولكنه أهل في ذاته لهذه المباشرة[3].

وأورد غيرهم من الفقهاء المحدين تعريفا للعقد الموقوف فقالوا إنه ما صدر من مالك غير أهل للاستقلال بصدور العقد، كالصبي المميز في عقود المعاوضات، أو كان صادرا من غير ذي ولاية شرعية، كالفضولي، فتلحقه الإجازة ممن يملكها، من ولي أو وصي أو من

---

1 – يقول ابن قدامة المقدسي (المغني على مختصر الخرفي للامام العلامة موفق الدين ابي عبد الله محمد عبد الله بن احمد بن محمد بن قدامة، ضبطه وصححه عبد السلام محمد علي شاهين، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ص147) ما يأتي: « وإن اشترى بعين مالك الأمر وباعه بغير إذنه ففيه روايتان (الثانية) البيع والشراء صحيحان ويقف على إجازة المالك فإن أجازه نفذ ولزم البيع وإن لم يجزه بطل ».

2 – وهبة الزحيلي، موسوعة الفقه الإسلامي المعاصر، ج 4، دار المكتبي، دمشق، ط3، 2008، ص332؛ عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الاسلامي، ج 4، المرجع السابق، ص181؛ محمد زكي عبد البر، المقال السابق، ص08؛ مصطفى أحمد الزرقاء، المرجع السابق، ص419.

3 – محمد محمد فرحات، المدخل الفقهي الإسلامي: تاريخ التشريع ونظرية العقد، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998 – 1999، ص363؛ محمد زكي عبد البر، المقال السابق، ص9.

صبي بعد بلوغه أو من المالك وهو أهل للاستقلال بصدور العقد[1].

ويلاحظ أن هذا التعريف حاول أن يجمع حالات العقد الموقوف وأن يبين أثر الإجازة وصاحب الحق فيها. غير أنّه لم يبين أن العقد الموقوف عقد غير نافذ، كما أغفل بعض حالات العقد الموقوف، إضافة إلى أنّه لم يوضح أن ثبوت حكم العقد الموقوف يكون إلى لحظة إنشائه.

المطلب الثاني

تعريف العقد الموقوف في القانون

نتناول تعريف العقد الموقوف في التشريع (الفرع الأول)، ثم نتناول تعريفه لدى فقهاء القانون المدني (الفرع الثاني).

الفرع الأول

تعريف العقد الموقوف في التشريع

لم تضع التشريعات التي اعتنقت فكرة الوقف تعريفا للعقد الموقوف ذلك لأنه ليس من مهام التشريع وضع التعريفات والتطرق للتفصيلات، بل إن وظيفته الأساسية تنحصر في وضع المبادئ العامة.

ومع ذلك فإن مجلة الأحكام العدلية، التي اعتنقت فكرة العقد الموقوف[2]، وضعت تعريفا لهذا العقد، وهي بصدد تعريف **البيع** الموقوف، إذ نصت المادة 111 منها على أن: « **البيع** الموقوف هو ما تعلق به حق الغير كبيع الفضولي ».

أما المشرع العراقي فقد تأثر بالفقه الإسلامي في تنظيمه لأحكام البطلان واستمد نظرية

---

1 – أحمد إبراهيم، "العقود والشروط والخيارات"، مقال منشور في مجلة القانون والاقتصاد، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، السنة 4، العدد 6، 1934، ص673؛ محمد حسنين، نظرية بطلان العقد في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة بالقانون الوضعي، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1988، ص41 وما يليها؛ محمد سعيد جعفور، نظرات في صحة العقد وبطلانه في القانون المدني والفقه الإسلامي، دار هومة، الجزائر، 2003، ص89؛ محمد سعيد جعفور وفاطمة إسعد، المرجع السابق، ص65.

2 – تنص المادة 967 من المجلة ذاتها على أن « تصرفات الصبي المميز الدائرة بين النفع والضرر تنعقد موقوفة على إجازة وليه، ووليه مخير في إعطاء الإجازة وعدمها، فإن رآها مفيدة في حق الصغير أجازها وإلا فلا يجيزها ».

العقد الموقوف منه وأحلها محل نظرية البطلان النسبي (القابلية للإبطال) المعروفة في الفقه الغربي[1].

غير أن القانون العراقي توسع في الأحوال التي يكون فيها العقد موقوفا بأن ألحق بها بعض الصور التي يعتبر فيها فاسدا حسب الفقه الحنفي ومجلة الأحكام العدلية، لكونه لم يأخذ بفكرة العقد الفاسد.

كما أخذ كل من التقنين المدني الأردني واليمني والإماراتي بفكرة العقد الموقوف من الفقه الإسلامي ولكن لم يعتن بتعريفه.

وعلى الرغم من اعتناق المشرع الجزائري لفكرة العقد الموقوف، معتبرا إياه عقدا صحيحا بشكل لا يشوبه غموض، وهذا بموجب المادة 83 من تقنين الأسرة التي تنص على أن « تصرفات الصبي المميز تتوقف على إجازة الولي أو الوصي فيما إذا كانت مترددة بين النفع والضرر... »[2]، فإنه لم يعتن بتعريفه، بل ترك المجال في ذلك للفقه والقضاء، وهذا على غرار مجلة الأحوال الشخصية التونسية التي أخذت فكرة وقف تصرفات الصبي المميز المترددة بين النفع والضرر من الفقه الإسلامي دون أن تقوم بتعريفه.

يتبين، مما سبق، أن العقد الموقوف في الفقه الإسلامي، وفي التقنينات المدنية المذكورة، عقد صحيح ولكنه لا تترتب عليه آثاره قبل الإجازة، فهو ليس تصرفا باطلا لأن الباطل ليس له وجود شرعي مثل العدم ولا يترتب عليه أي أثر، أما الموقوف فله وجود شرعي ومادي في فترة توقفه. كما أنه ليس عقدا فاسدا، لأن الفاسد هو ما كان مشروعا بأصله دون وصفه، ولأن العقد الفاسد قد تترتب عليه بعض الآثار إذا نفذ بخلاف العقد

---

1 – ياسين محمد الجبوري، المبسوط في شرح القانون المدني، ج1 ، مصادر الحقوق الشخصية، المجلد الاول، نظرية العقد، القسم الثاني: مراتب انعقاد العقد، دراسة موازنة في القانون المدني الاردني والفقه الاسلامي مع الاشارة الى القانون المدني العراقي والمصري والفرنسي، دار وائل للطباعة والنشر، عمان الاردن، ط 2002، عمان الاردن، ص 204.

2 – قانون رقم 11/84، امؤرخ في 09 رمضان 1404 الموافق ل 09جوان 1984، يتضمن تقنين الأسرة الجزائري، الجريدة الرسمية عدد 24، مؤرخة في 12 جوان 1984، المعدل بالامر رقم 02/05 المؤرخ في 18 محرم 1426 الموافق لـــ 27 فبراير 2005 والمنشور بالجريدة الرسمية، عدد 15، المؤرخة في 27 فبراير 2005، تقضي المادة 83 منه بما يلي: « من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد طبقا للمادة 43 من القانون المدني تكون تصرفاته نافذة إذا كانت نافعة له، وباطلة إذا كانت ضارة به وتتوقف على إجازة الولي أو الوصي فيما إذا كانت مترددة بين النفع والضرر، وفي حالة النزاع يرفع الأمر للقضاء ».

الموقوف. وهو ليس عقدا قابلا للفسخ، إذا لا يجوز فسخه أو الرجوع فيه لا من المتصرف ولا من المتصرف إليه[1].

الفرع الثاني

تعريف العقد الموقوف لدى فقهاء القانون

أورد فقهاء القانون تعريفات محتلفة للعقد الموقوف، نذكر أهمها فيما هو آت:

يقول الدكتور السنهوري[2] إنه حتى ينعقد العقد صحيحا ونافذا يجب أن يكون للعاقد:

1 – الولاية على محل العقد، وتكون لما يثبت للعاقد حق الملك في المحل أو النيابة عن المالك، وألا يتعلق بالمحل حق للغير كأن يكون مرهونا أو مستأجرا.

2 – أما الولاية على التصرف تكون باستعمال العاقد القدر الواجب من التمييز لنوع التصرف الذي يباشره. ومن التصرفات ما يكفي فيها التمييز، ومنها ما لا يكفي التمييز فيه بل يجب بلوغ سن الرشد، فالولاية على التصرف هي الأهلية للتصرف.

فإذا نقص العقد أحد هذين العنصرين، فإنه ينعقد ولكنه لا ينفذ، بل يكون موقوفا.

فالعقد الموقوف، إذن، هو العقد الذي انعقد صحيحا لتوافر عناصر الانعقاد وعناصر الصحة فيه، ولكن نقصه أحد عنصري النفاذ: الملك أو الأهلية.

وقد عرفه الدكتور شفيق شحاتة بأنه « عقد ينشأ صحيحا مكتمل الأركان غير مرتب لأي أثر إلى حين الإقرار، فإذا صدر الإقرار رتب أثره منذ لحظة إنشائه »[3].

ويؤخذ على هذا التعريف أنّه لم يبين سبب الوقف، كما أنه أغفل الفرق الموجود بين الإجازة والإقرار. وعرفه الدكتور أنور سلطان[4] بأنه عقد صحيح إلا أنه لا تترتب آثاره إلى أن ينقضي العقد فيبطل أو تلحقه الإجازة فينفذ.

كما عرفه الدكتور عدنان السرحان والدكتور نور محمد خاطر بأنه عقد انعقد وصح

---

1 – غني حسونة طه، "القانون المدني الكويتي بين نظرية الفقه الإسلامي في توقف العقود ونظرية الفقه الغربي في البطلان النسبي"، بحث في مجلة الحقوق والشريعة، السنة 2، العدد2، يونيو، الكويت، 1978، ص158.

2 – عبد الرزاق السنهوري، مصار الحق، ج4، المرجع السابق، ص128.

3- Chafik CHEHATA, Le système des nullités en droit musulman hanéfite et en droit comparé, Revue juridique et économique, 5ème année, 1963, p. 07.

4 – أنور سلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني، دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2007، ص145.

لتوافر ركنه وشروط انعقاده وصحته، ولكن دخل عليه سبب من أسباب عدم النفاذ فتعلق نفاذ آثاره على إجازة من له حق الإجازة، فإن أجازه نفذ وإن لم تلحقه الإجازة اعتبر كأن لم يكن[1].

يتبين لنا، من التعريفات السابقة تشابهها في الموضوع، لكونها تشير إلى أن العقد الموقوف هو قسم من أقسام العقد الصحيح، الا أنه لا تترتب عليه آثاره حتى تلحقه الإجازة من صاحب الشأن، فإن أجازه نفذ وإلا بطل.

ويؤخذ على هذه التعريفات عدم إشارتها إلى أن العقد الموقوف صادر ممن ليس له ولاية إنشائه، كما يؤخذ عليها أنها غير مانعة من دخول إفراد غير الشيء المعرف كالعقد بشرط الخيار الذي هو عقد صحيح غير منتج لآثاره إلى أن تلحقه الإجازة أو يرد كما هو الحال في العقد الموقوف[2].

ويقول الدكتور محمد حبار بأن العقد الموقوف « من التصرفات التي تكون صحتها مؤقتة وغير محققة نظرا لإبرامها من طرف قاصر أو من أشخاص لم تكن لهم سلطة القيام بها كالفضولي مثلا أو من طرف أشخاص قاموا بإجرائها ولكن حقوقهم كانت محدودة على الشيء موضوع التصرف »[3].

ويؤخذ على هذا التعريف أنه حاول أن يبين أساس توقف العقود، إلا أنه أخرج العقد الموقوف من دائرة العقود الصحيحة، وهو ما سنبينه في موضوع مشروعية العقد الموقوف في المبحث الثاني من هذا الفصل، ونعود حينها لمناقشة هذا الرأي.

ولتفادي الانتقادات السابقة، أورد الدكتور عبد الرزاق حسن فرج تعريفا للعقد الموقوف قائلا إن « العقد الموقوف هو التصرف المشروع بأصله ووصفه الذي يتوقف ترتب أثره عليه بالفعل على إجازة من يملكها شرعا »[4].

يمتاز هذا التعريف بأنه يشمل تصرف الفضولي ومن في حكمه كالوكيل الذي يتجاوز حدود الوكالة، وكذا التصرف الصادر عن الصبي المميز الدائر بين النفع والضرر، كما

---

1 – عدنان إبراهيم السرحان، نوري محمد خاطر، شرح القانون المدني، مصادر الحقوق الشخصية، دراسة مقارنة، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الاردن، 2000، ص216.

2 – عبد الخالق حسن أحمد، الوجيز في شرح قانون المعاملات الإماراتي، ج 1، ط3، 1999، ص180.

3 – محمد حبار، نظرية بطلان التصرف القانوني في القانون المدني الجزائري وفي الفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 1986، ص153.

4 – عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق، ص43.

يشمل أيضا التصرف في العين المرهونة والمستأجرة وكتصرف المدين المعسر في ماله تصرفا يضر بحقوق دائنيه. إلا أن هذا التعريف لم يضع أساسا للوقف يمكن به تمييز العقد الموقوف عن غيره من العقود التي تشبهه كالعقد المعلق والعقد المضاف.

وبدوره حاول الدكتور عبد القادر المومني تعريف العقد الموقوف، فقال إنه هو: « العقد المشروع بأصله ووصفه والصادر ممن ليس له ولاية إصداره، فيتوقف ترتيب آثاره على الإجازة ممن يملك مباشرتها، فإن أجازه سرت آثاره مستندة إلى وقت صدوره »[1].

وتفاديا لكل الانتقادات التي وجهت للتعريفات السابقة، وضع الدكتور إبراهيم الدسوقي تعريفا جامعا شاملا يجمع فيه كل عناصر العقد الموقوف فقال إن « العقد الموقوف هو العقد الذي يستجمع شرائط تكوينه وعناصر صحته. غير أنه لا ينفذ لأن شرائط الولاية على المحل أو نوع التصرف قد تخلف، ويبقى موقوفا إلى حين الإقرار أو الإجازة »[2].

وإننا نؤيد هذا التعريف لأنه هو الأقرب تعبيرا عن حقيقة العقد الموقوف، وهو ما نرتضيه للأسباب التالية:

1 – إن هذا التعريف يؤكد أن العقد الموقوف عقد مكتمل الأركان ومتوفر على شروط الصحة، وبذلك يعتبر العقد الموقوف قسما من العقود الصحيحة.

2 – إنه حدد ضابط توقف العقود في جميع الحالات سواء كانت ترجع إلى تخلف الولاية على المعقود عليه كتصرف الفضولي في مال الغير وبيع المريض مرض الموت وبيع المحجور عليه بدين مستغرق، أم كانت ترجع إلى نقص الولاية على العقد كالتصرفات الدائرة بين النفع والضرر للصغير المميز ومن في حكمه.

3 – إنه حدد أن الوقف يدوم إلى غاية صدور الإجازة أو الإقرار ممن يملكها شرعا، وهو بذلك يومئ إلى التفرقة بين إقرار العقد الموقوف وإجازته، كما سنرى ذلك في حينه.

وبناء على ما سبق، يمكننا أن نعرف العقد الموقوف أو العقد غير النافذ بأنه: « العقد الذي استجمع شروط انعقاده وشروط صحته ولكن منع نفاذه تخلف أحد شروط النفاذ والذي

---

1 – عيسى عبد القادر المومني، المرجع السابق، ص15.

2 - IBRAHIM EL DESSOUKI, Notion du contrat en suspens selon le droit musulman, Revue des sciences juridiques et économiques, 31ème année , janvier et juillet 1989, n° 1 et 02, p. 04 : « Le contrat en suspens est l'acte qui a été conclu d'une manière valide, les éléments de sa formation et les conditions de sa validité étant remplies. Cependant, le contrat n'est pas exécutoire, l'un des éléments d'exécution fait défaut, soit les éléments de la propriété et de l'habilite. Son exécution dépend de l'autorisation de celui qui a le droit d'exercer ce pouvoir, c'est à dire la confirmation de l'ayant droit ».

يفيد حكمه بإجازته ممن يملك حق الإجازة ». وبذلك يكون العقد الموقوف عقدا منعقدا وموجودا وصحيحا، إلا أنه لا يرتب آثاره ما لم تلحقه الإجازة، وذلك على خلاف العقد الباطل الذي يعتبر في حكم العدم ولا يجوز إجازته.

المطلب الثالث

مدى مشروعية العقد الموقوف

لم يجمع فقهاء الشريعة الإسلامية على الأخذ بفكرة العقد الموقوف، ذلك أنهم اختلفوا في تحديد مرتبته بين الصحة والبطلان. ولعل سبب الخلاف يرجع إلى اختلافهم في مدى كون الولاية شرطا في انعقاد العقد أم شرطا في نفاذه: فمن قال أن الولاية الشرعية على العقد هي شرط لانعقاد العقود ذهب إلى أن العقد الموقوف عقد باطل، ومن قال بأنها ليست شرطا في الانعقاد بل هي شرط في نفاذ العقد بعد الانعقاد صحيحا ذهب إلى أنه عقد صحيح.

وعليه انقسم الفقهاء، بصدد هذه المسألة، إلى فرقين: فريق يرى أن العقد الموقوف عقد باطل، وفريق آخر يرى بأنه قسم من أقسام العقد الصحيح.

ونتيجة لذلك، نتناول الرأي القائل ببطلان العقد الموقوف في (الفرع الأول)، ثم نعالج الرأي القائل بصحة العقد الوقوف في (الفرع الثاني)، مستعرضين آراء وحجج كل فريق، وبعد ذلك، نفرد (الفرع الثالث) لبيان الرأي الذي نراه الراجح، مع تسليط الضوء على موقف التشريعات من تلك الآراء.

الفرع الأول

نظرية بطلان العقد الموقوف

ذهب أصحاب هذا الرأي إلى أن العقد الموقوف باطل، لأن صحة العقود عندهم لا تكتمل إلا بتوفر الملك والولاية الشرعية في إصدارها. فالولاية عندهم تعتبر شرطا لانعقاد العقد لا لنفاذه[1]، كالأهلية تماما، وهي باعتبارها كذلك، فإنها إذا تخلفت كان العقد باطلا ولا يغير من وصفه هذا رضا صاحب الشأن به بإجازته له.

1 – يقول الكاساني (ج5، المرجع السابق، ص148): « قول الشافعي رحمه الله عن صحة التصرفات الشرعية الملك أو الولاية، فإن لم يوجد أحدهما فلا يصح وهذا لأن صحة التصرفات الشرعية هي اعتباره في حق الحكم الذي وقع له شرعا ولا يقبل للصحة معنى سوى هذا »؛ طاهر خليفة السيسني، المرجع السابق، ص56.

إنّ الإجازة عندهم إنما تؤثر في عقد موجود، وهذا العقد لا وجود له لأنه ولد ميتا فلا تحييه الإجازة، وما على صاحب الشأن فيه إلا أن يعمل على إنشاء عقد جديد إن هو رغب في ذلك.

ويرى أصحاب هذا الاتجاه أن العقد الصحيح لا يمكن أن يكون لديهم إلا نافذا، فليس عندهم عقد صحيح موقوف.

وهذا الرأي هو القول الراجح عند فقهاء الشافعية في المذهب الجديد[1]، وكذلك عند بعض المالكية[2] والحنابلة في الرواية الأخرى[3] والظاهرية[4].

ونشير إلى أن لهذا الفريق رأيا آخر يعتد فيه بالعقد الموقوف استثناء في بعض التصرفات ويعتبرها صحيحة كما في الوصية في القدر الزائد عن الثلث، حيث يعتبرها الشافعية والحنابلة في الأصح لديهم صحيحة موقوفة على إجازة الورثة إن أجازوها جازت وإن ردوها بطلت[5].

---

1 – **في المذهب الشافعي:** النووي، كتاب المجموع ، ج 9، المرجع السابق، ص315 جاء فيها: « في مذاهب العلماء في تصرف الفضولي بالبيع وغيره في مال غيره بغير إذنه فقد ذكرنا في مذهبنا المشهور بطلانه ولا يقف على الإجازة »؛ الشيرازي، المهذب في فقه الامام الشافعي للامام ابي اسحاق ابراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي، ج 9، مطبعة عيسى الباب الحلبي وشركاؤه بمصر، ص312 جاء فيها: « فلو باع مال غيره بغير إذنه ولا ولاية قولان (الصحيح) إن العقد باطل وهذا نصه الجديد وبه قطع المصنف وجماهير العراقيين والأكثرون من الخراسانيين ».

2 – القرافي، الفروق، للامام شهاب الدين ابي العباس الصنهاجي المشهور بالقرافي، عالم الكتب، بيروت، لبنان، ج 3، ص242.

3 – ابن قدامه المقدسي، المغني، المرجع السابق، ص147؛ عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق، ص ص64 – 68؛ حسن محمد بودي، حقوق الغير في العقود المالية في الفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة، القاهرة، 2004، ص61 هامش 02؛ طاهر خليفة السيسني، المرجع السابق، ص56.

4 – ابن حزم، المحلى للعلامة أبي محمد علي بن سعيد بن حزم، تحقيق لجنة احياء التراث العربي، ج 8، دار الآفاق الجديدة، بيروت، لبنان، مسألة 1460، ص434 جاء ما يلي: « ولا يحل لأحد أن يبيع مال غيره بغير إذن صاحب المال له في بيعه فإن وقع فسخ أبدا سواء كان صاحب المال حاضرا يرى ذلك أو غائبا ولا يكون سكوته رضى بالبيع طالت المدة أم قصرت ولو بعد مائة عام أو أكثر بل يأخذ ماله أبدا هو وورثته بعده ولا يجوز لصاحب المال أن يمضي ذلك البيع أصلا إلا أن يتراضى هو والمشتري على ابتداء عقد البيع فيه وهو مضمون على من قبضه ضمان الغصب وكذلك لا يلتزم أحد بشراء غيره إلا أن يأمره بذلك فإن اشترى له دون أمره فالشراء للمشتري ولا يكون للذي اشتراه أراد كونه أو لم يرد إلا ابتداء عقد شراء مع الذي اشتراه إلا الغائب الذي يوقف بفساد شيء من ماله فسادا يتلف به قبل أن يتشاور فإنه يبيعه له الحاكم أو غيره ».

5 – محمد بن محمد بن محمد بن إسماعيل الغشم، إجازة التصرفات، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون المدني اليمني والمصري، رسالة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1995، ص62.

وقد استند أنصار هذا الرأي على أدلة من القران الكريم والسنة النبوية والقياس والمعقول.

أولا – الاستدلال بالنص:

1– من القرآن الكريم: إن ما استدل به هذا الاتجاه في بطلان التصرف الموقوف، ومنه بطلان تصرف الفضولي الذي يعتبر من أهم صور العقد الموقوف، هو الآية الكريمة ﴿ **يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلاَّ أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ...** ﴾[1].

واستدل هذا الفريق بالآية الكريمة: ﴿ **... وَلا تَكْسِبُ كُلُّ نَفْسٍ إِلاَّ عَلَيْهَا وَلا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى...** ﴾[2].

ووجه الدلالة من الآية الأولى أن عقد الفضولي هو تجارة ليست عن تراض لوقوعه من دون إطلاع المالك فيكون باطلا وإن لحقته الإجازة[3].

ووجه الدلالة من الآية الثانية أن بيع الفضولي لملك غيره باطل على أساس أنه ليس باستطاعته أن يلزم المالك بتمليك المشتري للمبيع، كما ليس باستطاعته إلزام المشتري بتمليك المالك للثمن[4]. ومن يتصرف في شيء ليس له ولاية عليه فإن تصرفه باطل.

وقد رد على الاستدلال بالآية الأولى أن التجارة تكون من المالك لا تتحقق إلا بعد الإجازة فتكون عن تراض[5].

ورد على الاستدلال بالآية الثانية أن الفضولي ليس هو الذي يلزم المالك بتمليك المشتري للمبيع وإنما المالك هو الذي يلزم نفسه عن طريق إجازة التصرف، فيكون الاستدلال بالآية في غير محل النزاع.

---

1 – سورة النساء، الآية 29.

2 – سورة الأنعام، الآية 164.

3 – جاء في المجموع للنووي (ج9، المرجع السابق، ص317) ما يلي: « احتجاجهم بالآية الكريمة فقال أصحابنا: ليس هنا من البر والتقوى بل هو من الإثم والعدوان »؛
عبد الهادي الحكيم، الفضالة في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير، جامعة بغداد، كلية الحقوق، 1969، ص ص83–84؛ محمد جبر الألفي، الفضالة، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي وقوانين بلاد الشرق الأوسط، مجلة الحقوق والشريعة، كلية الحقوق والشريعة، جامعة الكويت، العدد3، القسم2، السنة 4، أوت 1980، ص55.

4 – خليفة السيسني، المرجع السابق، ص57؛ عبد القادر المومني، المرجع السابق، ص29.

5 – عبد الهادي الحكيم، المرجع السابق، ص85؛ محمد جبر الألفي، المرجع السابق، ص55.

وإن تصرف الإنسان قد يكون لغيره بإذن سابق، كما هو الأمر في الوكالة أو الإذن اللاحق كما هو عليه العقد الموقوف[1].

2- من السنة النبوية: جاء من أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لحكيم بن حزام[2] « **لا تبع ما ليس عندك** »[3]، فنهاه النبي عن بيع ما ليس عنده، والفضولي يبيع ما ليس عنده فيقتضي بطلانه[4].

ونوقش الحديث بأن المقصود به هو المعدوم من جهة، ولاشتمال العقد على الغرر الناشئ عن عدم القدرة على التسليم وقت العقد وما يترتب عليه من خلاف من جهة أخرى. فحكيم بن حزام كان يبيع للناس أشياء لا يملكها ويأخذ ثمنها ثم يشتريها من السوق ليسلمها إليهم، فنهاه الرسول صلى الله عليه وسلم [5].

كما احتج أنصار الرأي القائل ببطلان العقد الموقوف بأن تصرف الإنسان فيما ليس له ولاية عليه منهي عنه والنهي يقتضي عدم مشروعية المنهي عنه. وأساس ذلك ما روي عن حكيم بن حزام حيث قال: « **أتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم، فقلت يأتيني الرجل يسألني من البيع ما ليس عندي، أأبتاع له من السوق ثم أبيعه؟ قال: لا تبع ما ليس عندك** » [6].

---

1 – حسن محمد بودي، المرجع السابق، ص65.

2 – حكيم بن حزام هو ابن أخ السيدة خديجة بنت خويلد زوج الرسول صلى الله عليه وسلم، وكان يكنى أبا خالد، أسلم يوم الفتح وأسلم معه أولاده وهم هشام وخالد وعبد الله وكلهم قد صاحب النبي، وكان حكيم معمرا فقد عاش في الجاهلية ستين سنة وفي الإسلام ستين سنة، وكان من المؤلفة قلوبهم ثم حسن إسلامه، ومات بالمدينة سنة 54هـ ؛ عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق، ص56.

3 – الحديث أخرجه أبو داود، سنن أبى داود، الإمام الحافظ أبو داود سليمان بن الأشعث السجستانى الأزدي، تحقيق محي الدين عبد الحميد، ج3، المكتبة العصرية، صيدا، بيروت، ص283، والحديث رقم 3503 عن حكيم بن حزام قال: « قلت يا رسول الله يأتيني رجل فيسألني عن البيع ليس عندي ما أبيعه منه ثم أبتاعه من السوق فقال لا تبع ما ليس عندك »؛ محمد بن إسماعيل الغشم، المرجع السابق، ص64.

4 – هذا الحديث استدل به الشافعية في المذهب القديم (المجموع شرح المهذب، ج 9، المرجع السابق، ص259 وما بعدها). وفي الفقه الحنابلة، المغني، لابن قدامة، ج 4، المرجع السابق، ص ص205–206؛ عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق، ص57.

5 – الكاساني، بدائع الصنائع، ج 5، المرجع السابق، ص137: « ولأن بيع ما ليس عنده لا بطريق الأصالة عن نفسه تمليك ما لا يملكه بطريق الأصالة وأنه محال وهو الشرط فيما يبيعه بطريقة الأصالة عن نفسه ».

6 – الحديث احرجه الترمذى في كتابه البيوع، باب ما جاء في كراهية بيع ما ليس عندك، ج3، ص 534، رقم 1232؛ طاهر خليفة السيسني، المرجع السابق، ص 56.

إنّ الحديث يخص تصرف بيع الشخص ما لا يملك، فيطبق على غيره من التصرفات عن طريق القياس. ويعود سبب النهي، في نظر هذا الرأي، إلى أن العقد يشتمل على الغرر وما يترتب عليه من النزاع[1].

ومن أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال عن عمر بن شعيب عن أبيه عن جده : « لا **طلاق إلا فيما تملك ولا عتق إلا فيما تملك ولا بيع إلا فيما تملك ولا وفاء نذر إلا فيما تملك** »[2].

فنفى النبي صلى الله عليه وسلم البيع، وغيره من التصرفات، من الشخص الذي ليس له ولاية عليه أو وكالة، ولم يفصل بين ما تلحقه الإجازة وما لا تلحقه.

ونوقش الاستدلال أن النفي الوارد في الحديث ينصب على ترتيب آثار العقد، من قبض المبيع وانتقال الثمن وغيرهما من الآثار الأخرى، بمجرد صدورها من الطرفين ودون انتظار الإجازة، ولا يتناول العقد الموقوف الذي يتوقف فيه ترتيب الآثار على إجازة صاحب الشأن، ولأن الملك شرط نفاذ لا شرط انعقاد، مما يدل على أن الحديث منصرف عنه[3].

ثانيا – الاستدلال بالقياس:

قال أصحاب هذا المنهج، ومنهم الشافعية، أن العقد الموقوف يقاس على بيع السمك في الماء والطير في الهواء، الذي يعد باطلا لعدم القدرة على تسليم محله. فإن القدرة الشرعية عندهم شرط لصحة العقد وتخلفها يؤدي إلى بطلانه[4].

والعلة في القياس هي عدم القدرة على التسليم في العقدين، فإن حكمهما واحد هو البطلان لاتحاد العلة[5].

---

1 – الإمام شمس الدين محمد بن أحمد السرخسي، المبسوط، ج 13، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، ص155 ورد ما يلي: « تأويل النهي عن بيع ما ليس عند الإنسان إن المراد إذا باعه ثم اشتراه وأراد تسليمه بحكم ذلك العقد بدليل قصة حكيم بن حزام رضي الله عنه؛ عيسى عبد القادر المومني، المرجع السابق، ص30.

2 – الحديث أخرجه أبو داود في سننه بهذا اللفظ، ج 2، دار الفكر، ص258، ورقم الحديث 219 وأخرجه أيضا الترمذي في سننه، ج 3، ص477، ورقم الحديث 1181؛ عيسى عبد القادر المومني، المرجع السابق، ص31.

3 – عبد الهادي الحكيم، المرجع السابق، ص86؛ طاهر خليفة السيسني، المرجع السابق، ص58.

4 – جاء في المهذب للشيرازي (ج 1، المرجع السابق ص262) ما يلي: « ولأن ما لا يملكه لا يقدر على تسليمه فهو كالطير في الهواء أو السمك في الماء »؛ وجاء في المغني على مختصر الخرقي لابن قدامه، ج 4، المرجع السابق، ص148، ما يلي: « ولأنه باع ما لا يقدر على تسليمه فأشبه بالطير في الهواء ».

5 – محمد زكي عبد البر، المقال السابق، ص52.

لقد رد الحنفية على هذا الاستدلال بأن بطلان بيع السمك في الماء والطير في الهواء بما يأتي:

1- محل هذا البيع منعدم لأنه لم يكن مملوكا أصلا من قبل، وما ليس مملوكا لأحد لا يكون محلا للبيع؛ بينما بيع الفضولي يقع على ملك مملوك، فهو تصرف صحيح صادر من أهله في محله، وتوقف نفاذ العقد على إجازة المالك لا يمنع جوازه.

2- إن الولاية على العقد وما تملكه من القدرة في التسليم والاستلام هي شرط لنفاذ العقد وليست شرطا للانعقاد[1].

ثالثا – الاستدلال بالمعقول:

يرى أصحاب هذا الرأي أن التصرف لا يوجد شرعا إلا بتوفر الولاية على نوع التصرف التي تتحقق باكتمال أهلية التصرف والولاية على محل العقد وذلك بأن يكون المتصرف مالكا أو نائبا عن المالك. ولانعقاد العقد يجب أن يتم ارتباط بين كلامي العاقدين حتى تترتب آثاره الشرعية، وأن يحمل هذا الارتباط تعهدا ضمنيا مفاده تمكين المتعاقد الآخر من أحكام العقد كاملة، فإذا لم تكن عنده هذه القدرة الشرعية لم ينعقد العقد[2].

ولا يسلم أصحاب هذا الرأي بانفصال الحكم عن السبب وتراخى حكم العقد عن وقت انعقاده، فلا معنى للعقد عندهم إلا كونه مفيدا للحكم الذي وضع له، بالإضافة إلى أن غير المالك غير قادر على تنفيذ العقد[3].

ورد أصحاب نظرية صحة العقد الموقوف بأن تأخر الحكم عن السبب لا يجعله لغوا، لأن الحكم لا يتصل دائما بالسبب فقد يتأخر عنه، كما هو في البيع بشرط الخيار الذي ينعقد

---

1 – جاء في البحر الرائق، شرح كنز الدقائق لابن نجيم (ج 5، ص280) ما يلي: « وأما شرائط النفاذ فالملك أو الولاية فلم ينعقد بيع الفضولي عندنا وإما شراؤه فنافذ »؛ كما جاء في بدائع الصنائع للكاساني (ج5، ص141) ما يأتي: « وأن الذي يرجع إلى النفاذ فنوعان أحدهما الملك والولاية ولكنه ينعقد موقوفا على إجازة المالك »؛ محمد زكي عبد البر، المقال السابق، ص52؛ جبر الألفي، المرجع السابق، ص57.

2 – ابن حزم، المحلى، ج 8، المرجع السابق، ص437 حيث جاء أن: « بيع ملك الغير لا يترتب عليه انتقال ملكية المبيع إلى المشتري، وكذا ملكية الثمن للبائع، كما أنه ليس من المنطق في شيء أن لا يصح عقد حين عقده ثم يصح في وقت آخر غير الوقت الذي انعقد فيه وأن هذا ليس مقبولا شرعا ولا دليل من القران أو السنة عليه والقول بغير ذلك يعتبر تحكما في دين الله عز وجل »؛ عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق، ص67.

3 – محمد جبر الألفي، المرجع السابق، ص57: « إن الربط بين إعلان الإرادة وبين إنتاج التصرف كل آثاره القانونية جعل أنصار هذه النظرية يجزمون بأنه "**ليس من المنطق في شيء ألا يصح عقد حين عقده، ثم يصح في وقت آخر غير الوقت الذي انعقد فيه**" ».

فيه السبب بالإيجاب والقبول ويتراخى الحكم إلى وقت الإجازة، وهذا علاوة على أن إجازة التصرف من صاحب الشأن تجعل الشيء مملوكا للمشتري من وقت العقد حتى ولو رد التصرف فلا ضرر عليه إذ يكون المال دائما محفوظا[1].

وقد نوقش هذا الاستدلال بأن الحكم لا ينفصل عن سببه، ذلك أن السبب يلغو إذا خلا من الحكم الشرعي، أما إذا تأخر عنه، كما في البيع بشرط الخيار، ينعقد فيه السبب بالإيجاب والقبول وبتراخي الحكم إلى وقت الإجازة.

إنّ التصرف الموقوف لا ينعدم حكمه بل يتراخى إلى أن تلحقه الإجازة من صاحب الشأن، فإن أجازه نفذ وعندئذ يصبح المبيع ملكا للمشتري بأثر ينسحب إلى تاريخ انعقاده، وإن شاء رفضه، وهذا فيه منفعة للمالك في كلتا الحالتين[2].

وقد نوقش هذا الاستدلال أيضا بأن عقد الفضولي، ومن في حكمه من العقود الموقوفة، لا ينعقد لعدم الولاية لأن الولاية شرط للنفاذ لا شرط للانعقاد، وتخلف شرط النفاذ يترتب عليه وقف نفاذ العقد على الإجازة ممن يملكها شرعا، ولا أن يقال ببطلانه[3].

ويلاحظ أن هذا الفريق يعتد بالعقد الموقوف في بعض الحالات ويعتبره من العقود الصحيحة، وذلك كما في حالة الوصية في القدر الزائد على الثلث التي يعتبرها الشافعية والحنابلة صحيحة متوقفة على إجازة الورثة فإذا أجازوها نفذت وإن ردوها بطلت[4].

ويخلص، ان الفقهاء الذين يرون بطلان العقد الموقوف إلى أن هذا العقد باطل، ولا يغير من وصفه رضا صاحب الشأن به بإجازته له، لأن الإجازة عندهم إنما تؤثر في عقد موجود وهذا العقد لا وجود له لأنه ولد ميتا فلا تحييه الإجازة، وذلك لأن أساس انعقاد العقد هو ولاية العاقد على المعقود عليه أو ولايته على العقد أي الولاية الشرعية، فتخلفها يجعل العقد باطلا لأنها شرط في الانعقاد في نظرهم.

---

1 – عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق، ص68؛ محمد بن إسماعيل الغشم، المرجع السابق، ص64 وما يليها.

2 – السرخسي، المبسوط، ج 13، المرجع السابق، ص ص154–155.

3 – يقول الكاساني في البدائع (ج 5، المرجع السابق، ص148) ما يلي: « وأن الذي يرجع إلى النفاذ فنوعان أحدهما الملك والولاية ولكنه ينعقد موقوفا على إجازة المالك »؛ ويرى الكمال بن الهمام في فتح القدير (ج 7، دار إحياء التراث، بيروت، ص455) ما يلي: « ومنها شرط النفاذ وهو الملك والولاية حتى إذا باع ملك غيره توقف النفاذ على الإجازة ممن له الولاية »؛ محمد زكي عبد البر، المقال السابق، ص53.

4 – محمد بن إسماعيل الغشم، المرجع السابق، ص ص62 –63.

الفرع الثاني

نظرية صحة العقد الوقوف

يرى الأحناف أن العقد الصحيح ينقسم إلى قسمين: عقد صحيح نافذ وعقد صحيح غير نافذ الذي يحتوي على الموقوف، وأن العقد الموقوف ينطبق عليه تعريف الصحيح وحكمه، مثل الصحيح، مشروع بأصله ووصفه لصدوره ممن له الأهلية اللازمة للتعاقد مضافا إلى محل قابل لحكمه، ولكنه صادر من شخص ليس له ولاية إصداره إما لنقص الإرادة أو لتعلق حق الغير بالمعقود عليه. وهو تتوقف آثاره إلى غاية صدور الإجازة من صاحب الحق فيها، فإن هو أجاز التصرف نفذ العقد منذ إبرامه وإن رده بطل من أساسه[1].

وفكرة العقد الموقوف معروفة أساسا لدى الأحناف والمالكية[2]، واتفق معهم الحنابلة في إحدى الروايتين عندهم[3] والشافعية في المذهب القديم[4].

---

1 – الزيلعي، تبيين الحقائق وهو شرح كنز الدقائق، للعلامة فخر الدين بن علي الزيعلي الحنفي، ج4، دار الكتاب الإسلامي، ص44 جاء فيها: « البيع على أربعة أقسام: **صحيح** وهو المشروع بأصله ووصفه ويفيد الحكم بنفسه إذا خلا عن الموانع، و**باطل** وهو غير مشروع أصلا، و**فاسد** وهو مشروع بأصله دون وصفه وهو يفيد الحكم إذا اتصل به القبض و**موقوف** وهو يفيد الحكم على سبيل التوقف وامتنع تمامه لأجل غيره وهو بيع ملك الغير »؛ ويقول ابن الهمام، فتح القدير(ج 5، المرجع السابق، ص185) ما يلي: « البيع جائز وغير جائز ».
الكاساني، بدائع الصنائع، ج5، المرجع السابق، ص148 وما بعدها؛ ابن نجيم، البحر الرائق، ج 5، المرجع السابق، ص281؛ عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق، ص33.

2 – ابن جزئ، المرجع السابق، ص249 جاء فيها: « فإما الشراء لأحد بغير إذنه أو البيع عليه كذلك فهو بيع الفضولي فينعقد ويتوقف على إذن ربه ».
ابن الرشد القرطبي: بداية المجتهد ونهاية المقتصد للامام القاضي ابو الوليد محمد بن احمد بن محمد بن احمد بن رشد القرطبي، ج2، ط 5، 1981، ص172 حيث يقول الآتي: « واختلفوا في بيع الفضولي هل ينعقد أم لا؟ وصورته أن يبيع الرجل للرجل بغير إذنه على أنه إن رضي به صاحب المال أمضى البيع، وإن لم يرض فسخ. وكذلك شراء الرجل للرجل بغير إذنه على أنه إن رضي المشتري صح الشراء وإلا لم يصح، وأجازه مالك في الوجهين جميعا ». وكذلك يعتبر بيع الصغير المميز والسفيه موقوفا على إجازة الولي (المرجع نفسه، ص ص282–283).

3 – يقول ابن قدامة، (المغني، ج 4، المرجع السابق، ص ص205 – 206) ما يلي: « وإن اشترى بعين مال للآخر أو باع بغير إذنه أو اشترى لغير موكله بعين ماله أو باع ماله بغير إذنه ففيه روايتان: إحداهما البيع باطل ويجب رده... والثانية البيع والشراء صحيحان ويقف على إجازة المالك فإن أجازه نفذ ولزم البيع وإن لم يجزه بطل ».

4 – السيوطي، المرجع السابق، ص 285؛ طاهر معتمد خليفة السيسني، المرجع السابق، ص 54.

يرى الفقهاء أصحاب نظرية صحة العقد الموقوف أنه عقد صحيح لأنه مشروع بأصله ووصفه، نظرا لصدوره من ذي أهلية كاملة أو أهلية ناقصة. فهو منعقد لاستيفاء ركنه وشرائط انعقاده فيطبق عليه حكم العقد الصحيح إذ أن ترتيب أثره يتوقف على الإجازة[1]. وليس توقف ترتب أثره على الإجازة إلا كتوقف العقد المقترن بخيار عقدي على إسقاطه ممن شرع له الخيار، وأن العقد المشتمل على خيار عقدي عقد صحيح[2]، إذ يتوفر فيه عنصر الإيجاب والقبول لكن يتراخى حكمه، أي إنتاج آثاره، إلى غاية ورود الإجازة عليه التي تجعل الشيء مملوكا للمشتري من تاريخ إبرام العقد. وهو ما ينطبق على العقد الموقوف الذي هو صحيح لا تترتب عليه آثاره لأن هناك مانعا يحول دون نفاذه وهو احتمال عدم إجازته، كما سنبينه في موضعه، فإن أجازه ممن له حق الإجازة زال المانع وأنتج العقد أثاره منذ صدوره، بناء على القاعدة الشهيرة « الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة »، أما إذا رفض إجازته وطالب بإبطاله اعتبر العقد غير موجود منذ لحظة إبرامه كما سنبينه لاحقا.

وقد استدل أصحاب هذا الاتجاه في صحة العقد الموقوف بأدلة من الكتاب والسنة والقياس والمصلحة والمعقول.

أولا – الاستدلال بالكتاب والسنة:

استدل أصحاب هذا الرأي في صحة العقد بعموم الآيات الكريمة في المعاملات على مشروعية البيع والتجارة من غير فصل بين ما إذا كان البائع يتصرف بطريق الأصالة أو كان وكيلا في الابتداء أو بين ما إذا تم من غيرهما ووجدت الإجازة من المالك في الانتهاء، وبين وجود الرضا في البيع من المتعاقدين عند التعاقد، أو عند صدور الإجازة من صاحب الشأن إلا ما خص بنص صريح[3]. ومن هذه الآيات قوله تعالى: ﴿ **يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلاَّ أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ...**﴾[4]، وقوله: ﴿**... وَأَحَلَّ**

1 – محمد بن إسماعيل الغشم، المرجع السابق، ص61؛ مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص541.

2 – ابن نجيم، البحر الرائق، ج 6، المرجع السابق، ص90؛ طاهر خليفة السيسني، المرجع السابق، ص55؛ محمد سعيد جعفور، الخيارات العقدية في الفقه الإسلامي كمصدر للقانون المدني الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر، 1998، ص10 وما يليها.

3 – الكاساني، بدائع الصنائع، ج 5، المرجع السابق، ص149 ما يلي: « شرع سبحانه وتعالى البيع والشراء والتجارة وابتغاء الفضل من غير فصل بين ما إذا وجد المالك بطريق الأصالة وبين ما إذا وجد من الوكيل في الابتداء أو بين ما إذا وجدت الإجازة في الانتهاء وبين وجود الرضا في التجارة عند العقد أو بعده، فيجب العمل لإطلاقها إلا ما خص بدليل ».

4 – سورة النساء، الآية 29.

اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا... ﴾[1]، وكذا قوله: ﴿ **فَإِذَا قُضِيَتِ الصَّلاةُ فَانْتَشِرُوا فِي الأَرْضِ وَابْتَغُوا مِنْ فَضْلِ اللَّهِ... ﴾**[2].

وقد استدل هذا الرأي بقول الله عز وجل بالآية ﴿ **... وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى... ﴾**[3] التي تفيد الحث على التعاون على كل ما يجلب الخير والنفع للناس حتى ولو ثبت قصد التعدي والنية السيئة من الفضولي، مثلا، إذ يتصرف في ملك الغير، فلا ضرر على المالك مادام له حق الإجازة أو الرد[4].

كما استدل هذا الجانب من الفقه بأحاديث من السنة النبوية للمصطفى صلى الله عليه وسلم، منها:

1- حديث عروة بن أبي الجعد البارقي: روي عن شبيب بن غردقة قال: « سمعت الحي يتحدثون عن عروة البارقي أن النبي صلى الله عليه وسلم **أعطاه دينارا ليشتري به شاة، فاشترى له به شاتين فباع إحداهما بدينار وجاءه بدينار وشاة، فدعا له النبي صلى الله عليه وسلم بالبركة في بيعه، وكان لو اشترى ترابا لربح فيه** »[5].

وجه الدلالة من هذا الحديث أن عروة البارقي لم يكن موكلا ولا مأذونا إلا بشراء شاة واحدة، فكان شراؤه الشاة الثانية وبيعه لها بدون إذن ولا توكيل، وهو ما يعرف بعمل الفضولي، وقد أقره رسول الله صلى الله عليه وسلم ودعا له بالبركة في بيعه، فإنما دل ذلك على مشروعية وصحة عمل عروة لأنه صادر من أهله مضافا إلى محل قابل لحكمه من غير ضرر في انعقاده موقوفا مع وجود مجيز له، وبالنتيجة على صحة ومشروعية العقد الموقوف، لأنه لو كان باطلا لما أقره النبي الله عليه الصلاة والسلام[6].

---

1 – سورة البقرة، الآية 275.

2 – سورة الجمعة، الآية 10.

3 – سورة المائدة، الآية 2.

4 – جاء في الفروق للقرافي (ج 3، المرجع السابق، ص243) ما يلي: « ولأنه تعاون على البر فيكون مشروعا لقوله تعالى ﴿ **وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى** ﴾ »؛ حسن محمد بودي، المرجع السابق، ص62.

5 – رُوي الحديث بصيغ متعددة في كتب الفقه منها: فتح القدير لابن همام، ج 7، المرجع السابق، ص52؛ والعناية على الهداية للامام أكمل الدين أحمد بن محمود البابرتي، ج 7، دار الفكر، ط2، ص54؛ المجموع للنووي، ج 9، المرجع السابق، ص259؛ طاهر خليفة السيسني، المرجع السابق، ص56؛ محمد بن إسماعيل الغشم، المرجع السابق، ص65؛ عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق، ص56.

6 – غني حسونة طه، المرجع السابق، ص154؛ مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص548.

اعترض على هذا الاستدلال بأن غردقة لم يسمعه من عروة بل سمع الحي يتحدثون به[1]. فالحديث إذن منقطع، فيبطل الاحتجاج به، ثم إنه حتى ولو صح، فإن النبي صلى الله عليه وسلم أمره بأن يشتري شاة فاشترى شاتين، فصار الشراء لعروة وليس للنبي عليه الصلاة والسلام لأنه اشترى كما أراد، ثم أخذ دينارا للنبي صلى الله عليه وسلم إما مستقرضا أو متعديا فصار الدينار في ذمته، ثم باع شاة نفسه بدينار فصرفه إلى النبي صلى الله عليه وسلم كما لزمه وأهدى إليه الشاة، وهذا ظاهر الخبر وليس أصله لأنه لم يتم لا بنص ولا بدليل على أن النبي صلى الله عليه وسلم جوز الشراء والتزامه، ولا يجوز القول بما ليس في الخبر[2].

رد على هذه الاعتراضات بأن ذكر الحي لا يستلزم عدم صحة الحديث، وذلك لا يعد عيبا يرد به الحديث، إنما يمكن أن يقال إن تعدد الطرق يكسب الضعف قوة، وموافقة غيره له في معناه تكسبه أيضا صلاحية للاحتجاج به. إضافة إلى أن الأحاديث الضعيفة لا مانع من العمل بها في الأمور النافعة نفعا محضا أو التي تدعو إلى فضائل الأعمال[3].

2- حديث حكيم بن حزام: ورد أن النبي صلى الله عليه وسلم بعث معه بدينار ليشتري له أضحية، فاشتراها بدينار وباعها بدينارين، فرجع فاشترى له أضحية بدينار وجاء بدينار إلى النبي صلى الله عليه وسلم فتصدق به، ودعا له أن يبارك له في تجارته[4].

إن وجه دلالة هذا الحديث على صحة العقد الموقوف أن حكيم بن حزام لم يكن مأذونا ببيع الشاة، ومع ذلك باعها، فلما عاد إلى الرسول صلى الله عليه وسلم أخبره بما فعل فأقره عليه وهو صاحب الأمر فدعا له بالبركة، فدلت الواقعة على صحة ما قام به، فإن التصرف صحيح لأنه صادر من أهله مضاف إلى محل قابل لحكمه من دون ضرر في انعقاده موقوفا على إجازة صاحب الشأن. فلو كان التصرف باطلا لما دعا له الرسول صلى الله عليه وسلم

---

1 – رواه البخاري عن ابن عيينه عن شبيب بن غردقة: « سمعت الحي يتحدثون عن عروة، رواه الشافعي عن ابن عيينه عن شبيب وقال إن صح قلت به ونقل المزني عنه أنه ليس بثابت عنده، قال البيهقي: إنما ضعفه لأن الحي غير معروفين. وقال في موضع آخر: هو مرسل. قال الحافظ: الصواب أنه متصل في إسناده مبهم »، نقلا عن عيسى عبد القادر المومني، المرجع السابق، ص20؛ محمد بن إسماعيل الغشم، المرجع السابق، ص64.

2 – عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق، ص58 وما يليها.

3 – عيسى محمد عبد القادر المومني، المرجع السابق، ص24.

4 – الكاساني، بدائع الصنائع، ج5، المرجع السابق، ص149؛ الكمال بن الهمام، فتح القدير، ج7، المرجع السابق، ص52؛ محمد بن إسماعيل الغشم، المرجع السابق، ص65

بالبركة والخير ولأنكر عليه التصرف[1].

وقد رد المعترضون على الاستدلال بأن رواية أبي داوود في سندها شيخ من أهل المدينة. كما أن رواية الترمذي جاء في سندها حبيب بن أبي ثابت وهو رجل غير معروف، مما يجعل الحديث منقطعا في الروايتين، وعليه لا يمكن الاحتجاج به[2].

كما اعترضوا على هذا الحديث بأن حكيما كان وكيلا مطلقا بالبيع والشراء عن النبي صلى الله عليه وسلم بدليل أنه سلم وتسلم، وهذا لا يجوز لغير المالك[3].

وأجاب أنصار نظرية صحة العقد الموقوف عن هذا الاعتراض بأن المكلف بشراء الأضحية كان وكيلا خاصا بحدود الأمر الموكل به وليس وكيلا مطلقا[4].

3- حديث أهل الغار: عن عبد الله بن عمر بن الخطاب ﷺ قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: «... فقال آخرهم: **اللهم إن كنت تعلم أني استأجرت أجيرا بفرق من ذرة فأعطيته وأبى ذلك أن يأخذ، فعمدت إلى ذلك الفرق فزرعته، حتى اشتريت منه بقرا وراعيها، ثم جاء فقال: يا عبد الله اعطني حقي، فقلت انطلق إلى تلك البقر وراعيها فإنها لك، فقال: أتستهزئ بي؟ فقلت ما أتستهزئ بك ولكنها لك، اللهم إن كنت تعلم أني فعلت ذلك ابتغاء**

---

1 – الكاساني، بدائع الصنائع، ج 5، المرجع السابق، ص150؛ الحديث رواه الترمذي، باب البيوع، ج 3، ص558، رقم الحديث 1258، عن أبي كريب عن أبي بكر بن عياش عن أبي حصين عن حبيب بن أبي ثابت عن حكيم بن حزام؛ رواه أبو داوود في سننه، رقم 3386، باب في المضارب يخالف، ج 3، ص256، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع؛ عن ابن كثير العبدي عن سفيان عن أبي حصين عن شيخ من أهل المدينة عن حكيم بن حزام؛ وورد في نصب الراية ،ج 4، ص90؛ نقلا عن: عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق، ص56؛ محمد بن إسماعيل الغشم، المرجع السابق، ص 65.

2 – ابن حزم، المحلى، ج 8، المرجع السابق، ص437؛ عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق، ص57.

3 – جاء في المجموع، شرح المهذب للنووي (ج 9، المرجع السابق، ص317) ما يلي: (وأما حديث حكيم فأجاب أصحابنا بجوابين "الجواب الثاني" أنّه ضعيف « أما إسناد أبي داوود فيه ففيه شيخ مجهول وأما إسناد الترمذي ففيه انقطاع بين حديث ابن أبي ثابت وحكيم بن حزام »).

4 – جاء في المبسوط للسرخسي (ج 13، المرجع السابق، ص154) ما يلي: « ولا يجوز أن يقال كان هو وكيلا مطلقا بالبيع والشراء لأن هذا الشيء لا يمكن إثباته بغير نقل ولو كان النقل على سبيل المدح له فالمنقول أمره أن يشتري له أضحية ولهذا لا يعتبر وكيلا بمطلق التصرف ».

راجع في المناقشات والردود:

عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق، ص ص57 – 59؛ محمد بن إسماعيل الغشم، المرجع السابق، ص65 وما يليها.

وجهك فأفرج عنا، فانكشفت عنهم »[1].

إن دلالة هذا الحديث تجيز تصرف الإنسان في مال غيره بدون إذنه، وقد حث الرسول صلى الله عليه وسلم، من خلال الحديث، على إتيان مثل ذلك التصرف، بقوله: « **من استطاع منكم أن يكون مثل صاحب فرق الأرز فليكن مثله، فقالوا ومن صاحب فرق الأرز يا رسول الله، فذكر حديث أهل الغار** »[2].

وقد وردت عدة اعتراضات على هذا الحديث، نلخصها فيما يأتي:

أ- إن القصة كانت موجهة لمن قبلنا وهي لذلك لا تلزم من بعدهم.

ب- إن المقصود منها لم يكن الإجارة بفرق ذرة بعينه، بل ظاهره أنها كانت بفرق ذرة في الذمة، وهو ما يفسر عدم بيعه له شيئا وإنما تصرف في ملكه ثم تطوع بما أعطاه.

ج- لا يمكن اعتبار الحديث حجة لأنه لا يجوز للأجير أن يطالب بما تنازل عنه سابقا[3].

يخلص من هذه الاعتراضات، أن الأجير تنازل عن أجرته في الوقت الذي كان عليه أن يأخذها، أما صاحب الملك فقد تصرف في عين ما يملك، لأن فرق الذرة كان في ذمته ولم يكن معينا بالفرق الذي زرعه صاحب الملك.

وخلاصة الأحاديث السابقة، أن النبي صلى الله عليه وسلم لم يبطل تصرفهما، بل أقرهما ولم ينكرهما ودعا لهما بالبركة والخير، وذلك يدل على أن التصرف في مال الغير صحيح ينتج أثره بالإجازة لما في اعتبار التصرف الموقوف من السعة والتيسير دون ضرر يلحق بأحد ما دام متوقفا على الإجازة.

ثانيا – الاستدلال بالقياس:

قال أصحاب هذا الرأي بقياس العقد الموقوف، كبيع الفضولي، على الوصية الزائدة

---

1 – في تخريج الحديث: أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري، دار المعرفة، بيروت، 1379، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي ومحب الدين الخطيب، باب البيوع، حديث رقم 2215، ج 9، ص278.

2 – الحديث رواه أبو داود، السنن، كتاب البيوع، باب في الرجل يتجر في مال الرجل بغير إذنه، حديث رقم 3386، ج 3، ص256؛ نقلا عن: عيسى عبد القادر المومني، المرجع السابق، ص22.

3 – ابن حزم، المحلى، المرجع السابق، ج 8، ص436.

على الثلث، حيث أن الوصية تصرف منعقد يتوقف نفاذها ولا يثبت حكمها إلا بعد إجازة صاحب الشأن، فإن أجازها نفذت وإن ردها بطلت[1]. وهذا الأمر يشبه تصرف الفضولي الذي ينعقد ويتوقف نفاذه وتترتب آثاره على الإجازة ممن يملكها شرعا.

وعليه، فإن عدم ثبوت حكم الوصية حال انعقادها وعدم نفاذ العقد الموقوف لا يؤثر في صحة التصرف، فهو قياس صحيح لما فيه من الحاجة والمصلحة لكل من العاقدين وصاحب الحق ولعدم الضرر منه[2].

كما قاموا بقياس بيع الفضولي على البيع المشروط فيه الخيار، فإنه يقبل توقف ترتيب آثاره على الإجازة أو الفسخ[3].

واعترض الشافعية على هذا القياس بأنه غير صحيح، لأن الوصية تحتمل الغرر وتصح بالمجهول والمعدوم خلافا للعقد الموقوف الذي لا يجوز فيه الغرر ولا يمكن أن يكون محله مجهولا أو معدوما. أما بالنسبة إلى قياس العقد الموقوف بالعقد المقترن بخيار، فيعترضون على هذا الدليل لكون هذا الدليل مجزوما به منعقدا بالحال إنما المنتظر فسخه، ولهذا إذا مضت المدة ولم يفسخ لزم البيع[4].

وفي صدد هذا الأمر يتساءل الدكتور عبد الرزاق حسن فرج عن موقف هذا الفريق في إنكاره لفكرة العقد الموقوف، مع أنه يسلم بوجود تصرفات لا تنفذ في الحال كالتصرف المعلق والبيع المشروط فيه الخيار والوصية بأكثر من الثلث ووصية المدين بدين مستغرق

---

1 – السرخسي، المبسوط، ج 13، المرجع السابق، ص154؛ وجاء في العناية على الهداية لكمال بن الهمام (ج 6، المرجع السابق، ص189) ما يلي: « وصار عقد الفضولي كالوصية من المديون المستغرق وبأكثر من الثلث إذا كان المعقود عليه باقيا حيث يتوقف على إجازة المستحق بالإجماع فهذا أصل القياس صحيح... »؛
عيسى عبد القادر المومني، المرجع السابق، ص24.

2 – محمد زكي عبد البر، المرجع السابق، ص51.

3 – جاء في الفروق للقرافي (ج 3، المرجع السابق، ص244) ما يلي: « والبيع يقبل الخيار فيقبل الإيقاف »؛ محمد سعيد جعفور، الخيارات العقدية في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص10 وما بعدها؛ محمد سعيد جعفور وفاطمة إسعد، المرجع السابق، ص69.

4 – يقول النووي (المجموع، شرح المهذب للشيرازي، ج 9، المرجع السابق، ص318) ما يلي: « والجواب على قياسهم على الوصية أنها تحتمل الغرر وتصح بالمجهول والمعدوم بخلاف البيع والجواب على شرط الخيار أن البيع مجزوم به منعقد في الحال وإنما المنتظر فسخه ولهذا إذا مضت المدة ولم يفسخ لزم البيع »؛
محمد سعيد جعفور وفاطمة إسعد، المرجع السابق، ص66.

لماله التي هي موقوفة على إجازة المستحق[1]. ومن ذلك يتبين أنّ هذا التناقض لا يزيد القياس إلا تأكيدا.

ثالثا – الاستدلال بالمصلحة:

بيّن كل من الكتاب والسنة، في أكثر من موضع، الأساس الذي يجب أن تبنى عليه المعاملات المالية، ألا وهو عنصر التراضي. وفقهاء الشريعة الإسلامية يعتبرون الركن الوحيد في العقد هو الصيغة أي الإيجاب والقبول. ولما كان الفاصل في التصرفات الشرعية الصحة لا الفساد، فإنه لا يوجد ما يمنع من انعقاد التصرف الموقوف وتوقف نفاذه على إجازة صاحب الشأن، ذلك أن في الوقف حماية للمالك من الضرر الذي قد يلحق بملكه في حالة نفاذ العقد: فهو مخير بين الإجازة أو الرد[2]، كما فيه منفعة للفضولي، ومن في حكمه، إذ إنه يفترض فيه حسن النية وما قام به إلا لمصلحة عاجلة، كما يصان كلامه من الإلغاء والإهدار، وعليه ينال الثواب على عمله من الله عز وجل لما فيه من الإعانة لصاحب المال، ومن منفعة للمشتري الذي يحقق مصالحه في إبرام العقد، كما تتحقق له الحماية في وقف العقد الصادر من غير المالك[3]. وعندئذ يثبت للفضولي القدرة الشرعية لتحصيل هذه المنافع بإجراء تصرف موقوف على إذن صاحب الشأن، لاسيما أن الإذن ثابت دلالة أن العاقل يأذن في التصرف النافع له، فيجب القول وفقا لذلك بانعقاده[4].

وفي ذلك يرى الدكتور عبد الرزاق حسن فرج أن في صحة العقد ووقفه على الإجازة تحقيقا لمصلحة لكل من المتعاقدين والمعقود له، ولا ضرر على أحد في ذلك ولا يوجد منه مانع شرعي، فقد وجد المقتضى لثبوته وانتفى المانع فيدخل ثبوته في العموميات التي توجب رعاية المصالح ودفع المضار[5].

---

1 – عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق، ص 61.

2 – يقول ابن الهمام (فتح القدير، ج 6، المرجع السابق، ص 188) ما يأتي: « ولنا أنه تصرف تمليك وقد صدر من أهله في محله فوجب القول بانعقاده ولا ضرر فيه للمالك مع تخييره بل فيه منفعة حيث يكفي مؤنة طلب المشتري فثبتت القدرة الشرعية على تحصيل هذه الوجوه، كيف وأن الإذن ثابت دلالة لأن العاقل يأذن بالتصرف النافع ».

3 – محمد زكي عبد البر، المرجع السابق، ص52.

4 – الكاساني، بدائع الصنائع، ج 5، المرجع السابق، ص149؛ السرخسي، المبسوط، ج 13، المرجع السابق، ص ص154 – 155.

5 – عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق، ص61.

رابعا – الاستدلال بالمعقول:

قرر فقهاء الشريعة الإسلامية القائلون بانعقاد العقد الموقوف صحيحا أن التصرف هو سبب ترتب الأثر، ذلك أنه إذا كان التصرف باتا، بأن كان صادرا مثلا من شخص راشد متمتع بقواه العقلية، أنتج أثرا باتا متمثلا في انتقال الملك في الحال (أي ملك المبيع أو الثمن بحسب الأحوال)، أما إذا كان التصرف موقوفا، بأن صدر مثلا من فضولي، فإنّه ينتج أثرا موقوفا، وهو تأخر انتقال الملك إلى حين إجازة التصرف. وتصرف الفضولي هو أبرز صور العقد الموقوف يعتبر تصرف تمليك صادر من أهله في محله، بمعنى صادر من أهله، لأن أهلية التصرف بالعقل والبلوغ متوفرة في عقد الفضولي، أما في محله فلأن محل العقد هو المال المتقوم، وبالتالي فإن انعدام الملك لا يعني انعدام المالية أو التقويم، بدليل أنه إذا باع الفضولي المال بإذن مالكه جاز، وأن الإذن لا يقلب غير المحل محلا[1].

وفي الملك الموقوف لا يزول الملك البات وأن انعقاد التصرف الموقوف في الحال يجعل إجازته في الانتهاء كإذنه في الابتداء، بخلاف انعقاد عقد لانعدام المحل أو كون المحل غير مملوك أصلا، كبيع السمك في الماء مثلا[2].

وخلاصة القول، إنّ السبب البات يثبت ملكا باتا، فتنتقل ملكية المبيع إلى المشتري وينتقل الثمن إلى البائع، والسبب الموقوف يثبت ملكا موقوفا. وبهذا يختلف السبب الموقوف عن السبب اللغو الذي يخلو من الحكم شرعا. أما تأخر السبب عن ترتيب آثاره فليس فيه ما يجعله لغوا، ففي البيع بشرط الخيار يتأخر الحكم عن السبب أي عن العقد هنا، ومع ذلك لا يعتبر السبب لغوا، بل يكون صحيحا. أما لو باع شخص ملك غيره دون إذنه (بيع الفضولي)

---

1 – جاء في المبسوط للسرخسي (ج 13، المرجع السابق، ص154) ما يلي: « يثبت بالسبب الموقوف ملك موقوف، كما يثبت بالسبب البات ملك بات، ولهذا لو اعتق المشتري ثم أجاز المالك البيع نفذ عتقه وهذا لأنه لا ضرر على المالك في إثبات ملك موقوف بهذا السبب، كما لا ضرر عليه في انعقاد السبب، وإنما الضرر في زوال ملكه وبالملك الموقوف لا يزول ملكه البات. والثاني إن السبب إنما يلغو إذا خلا عن الحكم شرعا فإذا تأخر عنه الحكم فلا لأن الحكم تارة يتصل بالسبب وتارة يتأخر كما في البيع بشرط الخيار وهذا الحكم يتأخر الى إجازة المالك ولا ينعدم أصلا، لأن انعدام الحكم في الحال لرفع الضرر عن المالك وفي تأخير الحكم إلى وجود الإجازة توفيرا لمنفعة تعود عليه. فلهذا السبب انعقد العقد في الحال على أن يجعل إجازته في الانتهاء كإذنه في الابتداء بخلاف بيع الطير في الهواء والسمك في الماء فهناك لغا العقد لانعدام محله والمحل غير مملوك أصلا »؛ عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق، ص63.

2 – محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص358.

فهو بيع موقوف يتأخر إلى أن ترد عليه الإجازة من المالك، بل لا ينعدم حكمه أصلا لأن تأخير آثاره هو من أجل دفع الضرر عن الملك[1].

ومن خلال ما تيسر لنا الوقوف عليه من مؤلفات الفقهاء وتتبع آراءهم، والنظر بإمعان في الحجج والأدلة التي ساقها أنصار كل فريق لدعم موقفه، يتضح لنا أن أساس الخلاف حول اعتبار العقد الموقوف عقدا باطلا أو صحيحا يكمن في تكييف كل فريق لشرط الولاية على التعاقد. وهذا ما نوضحه فيما يأتي، معقبين بموازنة بين الرأيين:

1- أنصار نظرية بطلان العقد الموقوف: يرى هذا الاتجاه أن أساس انعقاد العقد هو الولاية الشرعية، التي تعتبر في نظرهم كالأهلية تماما من حيث اعتبارها شرطا لصحة العقد. كما يشترط لانعقاد العقد أن يكون العاقد قادرا على تمكين المتعاقد الآخر من أحكام العقد. وعليه، فإذا تخلفت هذه القدرة الشرعية يكون العقد باطلا، وهو ما يطبق على العقد الموقوف.

2- أنصار نظرية صحة العقد الموقوف: يعتبر هذا الفريق أن الولاية على التعاقد شرط لنفاذ العقد وأن تخلفها يجعل العقد موقوفا. ويؤسس صحة العقد الموقوف على أن أهلية التصرف تكون بالعقل والبلوغ وعلى محل يعتبر مالا متقوما، وأن انعدام الملك التام لا يعني انعدام المالية التي تتوفر في المحل مهما يكن نوع التصرف وصفة المتصرف.

3- الموازنة بين النظريتين: عرضنا في الفرعين السابقين حجج القائلين ببطلان بيع الفضولي، وحجج القائلين بتوقف آثار هذا البيع على إجازة المالك، وعرضنا الانتقادات التي وجهت إلى كل من الرأيين، وبقي لنا أن نبحث في الرأي الراجح في هذه المسألة.

فلو أخذنا بالرأي القائل ببطلان بيع الفضولي، لوجدناه ينطلق من الحرص على عدم الوقوع في الحرام والإثم وأكل أموال الناس بالباطل، وهو البيع الذي نهى عنه الله في كتابه الكريم ونهى عنه الرسول صلى الله عليه وسلم في سنته الشريفة، لأن هذا البيع يتم دون إذن من صاحبه. ولأن هذا الرأي لا يعرف فكرة العقد الموقوف، فلا يجد أمامه من سبيل سوى القول ببطلان بيع ملك الغير دون إذن صاحبه.

---

1 – محمد زكي عبد البر، المرجع السابق، ص10؛ ويقول محمد جبر الألفي (المرجع السابق، ص68): « وتأخر الأثر عن التصرف لا يجعل التصرف لغوا إنما يلغوا التصرف إذا نعدم الحكم شرعا ».

لكن قد يقال ما هي المشكلة لو طبقنا حكم الله ورسوله دون أن نقضي على هذا البيع بالبطلان؟

إننا نقول بتحقيق ما أوجبه الله عز وجل ورسوله الكريم من خلال وقف نفاذ هذا البيع على إجازة المالك، فإن رأى مصلحة له في رفض البيع كان له إعمال ذلك استنادا إلى قول الله ورسوله وإن رأى مصلحته في إجازة هذا البيع كان له ذلك أيضا، فما المانع إذن من تطبيق مبدأ الإجازة اللاحقة كالإجازة السابقة؟

أما القول بقياس بيع ملك الغير على الوصية، مع كونه انتقادا صحيحا ووجيها، فلا يمنع من تطبيق نظرية العقد الموقوف على بيع الفضولي، لأن الأصل هو البحث عن شرعية القول بتوقف الفضولي على إجازة المالك، وقد تعرضنا في ذلك إلى آراء الفقهاء المسلمين في شرعية هذا الرأي مستمدين حكمهم من القرآن والسنة.

لذا نرى تفضيل القول بصحة العقد الموقوف على التمسك بفكرة بطلانه، وذلك نظرا للاعتبارات الآتية:

– اعتبار ملكية البائع للشيء المبيع شرط نفاذ وليس شرط وجود أو صحة، وتخلف هذا الشرط يؤدي إلى اعتبار العقد موقوف النفاذ وليس باطلا.

– في القول بوقف نفاذ العقد تسهيل لمعاملات الناس القائمة على مبدأ الرضائية من جهة، ومن جهة أخرى فيه منع لإلحاق الضرر بالآخرين، لا بالمشتري ولا بالمالك ولا بالغير، إذ لا يجبر شخص على بيع شيء يملكه دون إذنه. وإنّ الأصل في العقد، متى توفرت كل أركانه، هو انعقاده، ذلك أن ملكية المحل ليست شرطا للانعقاد إنما وجود المحل هو الركن، وعدم ملكية العاقد للمحل تؤدي إلى احتمالين: احتمال القول بالبطلان واحتمال القول بوقفه.

– الحكم ببطلان بيع الفضولي يؤدي إلى منع ورود إجازة العقد من المالك. والمقرر فقها أن الأصل هو صيانة كلام العقلاء من العبث، وتصحيح الكلام أولى من إبطاله. فلو كان العقد موقوفا على شرط الملك، كما لو قال شخص لآخر بعتك هذه الدار إذا ملكتها، فهو عقد صحيح ملزم ولكن انتقال الملكية متوقف على حصول شرط الملك، فهو عقد قريب من عقد بيع الفضولي.

وبناء على ما سبق، نرجح الرأي القائل بتوقف آثار بيع الفضولي على إجازة المالك، لأن العقد يمكن أن ينعقد مع تخلف حكمه، كالبيع مع اشتراط البائع خيار الشرط عقد منعقد ومع ذلك لا يخرج المبيع من ملكية البائع حتى تنتهي المدة، وهو قول مجمع عليه بين الفقهاء.

الفرع الثالث

الرأي الراجح في الفقه وموقف التشريعات

نحاول في هذا الفرع أن نحيط بموقف كل من الفقه الحديث من العقد الموقوف وموقف القانون منه.

أولا – موقف الفقه الحديث من فكرة العقد الموقوف:

يتجلى بكل وضوح، من الحجج والأدلة التي ساقها أنصار كل فريق لدعم موقفه، أن أساس الخلاف حول اعتبار العقد الموقوف عقدا باطلا أو صحيحا يكمن في تكييف كل فريق لشرط الولاية على التعاقد. فالفريق الذي يعتبر شرط الولاية على التعاقد شرط نفاذ العقد نادى بفكرة وقف العقد في حال تخلفها، أما الفريق الذي اعتبرها شرط انعقاد العقد فنادى ببطلان العقد في حال عدم توفرها.

يرى غالبية فقهاء الشريعة الإسلامية الذين تيسر لنا أمر الوقوف على مؤلفاتهم أن العقد الموقوف هو العقد الذي لا يترتب على إنشائه أي أثر من آثاره على الرغم من أنه عقد صحيح يعترف المشرع بوجوده[1]. وعليه، فإن العقد الموقوف ينطبق عليه تعريف العقد الصحيح لكونه مشروعا بأصله ووصفه، لأن له، كما سنرى، في فترة وقفه أي قبل صدور الإجازة وجودا ماديا وشرعيا (قانونيا) لأنه انعقد صحيحا.

ومنه، فإن فكرة وقف العقد تعترف بوجود العقد في عالم القانون دون أن يكون منتجا لأثره إنتاجا فوريا وإنما يتوقف على الإجازة. وعليه، فهو يختلف عن العقد الباطل الذي ليس له وجود شرعي وإن كان له وجود مادي. فالعقد الموقوف عقد صحيح ذو وجود قانوني، إلا أنّ آثاره لا تترتب عليه. وعليه، فهو يقترب من العقد الباطل الذي لا يرتب أي أثر لكن يختلف عنه لأن آثار العقد الموقوف غير منعدمة فهي تحتمل النفاذ أو الزوال لا كما هو الحال في العقد الباطل[2]، كما سنفسره في موضوع التمييز بين العقد الموقوف والعقد الباطل.

---

1 – عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق، ج 4، ص181؛ مصطفى أحمد الزرقاء، المرجع السابق، ص40؛ محمد زكي عبد البر، المرجع السابق، ص13 وما يليها؛ محمد جبر الألفي، المرجع السابق، ص62؛ توفيق حسن فرج، النظرية العامة للالتزام، ج 1: مصادر الالتزام، د.م.ن، د.ب.ن، 1980–1981، ص234؛ طاهر خليفة السيسني، المرجع السابق، ص54.

2 – غني حسونة طه، المرجع السابق، ص157؛ وتنص المادة 102 من التقنين المدني الجزائري على أنه: « 1– إذا كان العقد باطلا بطلانا مطلقا جاز لكل ذي مصلحة أن يتمسك بهذا البطلان، وللمحكمة إن تقضي به من تلقاء نفسها ولا يزول البطلان بالإجازة. 2 – وتسقط دعوى البطلان بمضي خمسة عشر سنة من وقت إبرام العقد ».

ثم إننا نرى أن العقد الموقوف لو كان باطلا لما أمكن ورود الإجازة عليه، لأن العقد الباطل لا يمكن إجازته، وهذا ما تقضي به المادة 102 من التقنين المدني الجزائري صراحة. إضافة إلى أن الإجازة، كما سنرى، لا تضيف إلى العقد الذي ترد عليه أي جديد بل تقتصر وظيفتها على إنفاذ العقد بتأييده، ولا تقلب العقد الباطل عقدا صحيحا، وهو ما سنفصله في معرض دراستنا لآثار الإجازة في الفصل الثاني.

وفي هذا المقام، كان الأستاذ شفيق شحاتة، وهو أحد أقطاب الفقه الحديث في مصر، يخالف ما ذهب إليه غالبية الفقه الحديث حيث اعتبر العقد الموقوف صورة من العقد الباطل. غير أنه عدل عن موقفه هذا فأصبح يقول إن العقد الموقوف عقد صحيح نشأ صحيحا غير مرتب لآثاره إلى حين صدور الإجازة أو الإقرار من صاحب الشأن في ذلك[1].

نخلص، مما سبقت الإشارة إليه، إلى أن فكرة وقف العقد لا تخالف مبدأ الرضائية في العقود، فلا يجبر أحد على تصرف الغير في ملكه إلا بإجازة منه. كما أن القول باعتباره عقدا صحيحا أولى بالقبول، لما فيه من تيسير في المعاملات وتحقيق للضرورات والحاجيات دون أن يلحق ضرر بأحد[2].

ثانيا – موقف القانون الحديث من العقد الموقوف:

نحاول، هنا، الوقوف على مسلك التقنينات المستمدة مباشرة من الفقه الإسلامي، ثم ننتهي ببيان مسلك بعض قوانين الدول العربية.

لقد اعتنق كثير من قوانين الدول العربية فكرة العقد الموقوف المعروفة في الرأي الراجح في الفقه الإسلامي، فنصت في بعض نصوصها، بصريح العبارة، على أن العقد الموقوف عقد صحيح غير نافذ، وجعلت ترتيب آثاره رهن إجازته من صاحب الشأن في الإجازة أو الإبطال. وتتمثل هذه القوانين، على الأخص، في كل من التقنين المدني العراقي، مجلة الأحوال الشخصية التونسية، التقنين المدني الأردني، التقنين المدني الكويتي، قانون المعاملات المدنية السوداني، قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة، التقنين المدني الجزائري.

1 – Chafik CHEHATA, Le système des nullités, o.p., cit., p. 7.

2 – عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق، ص68؛ غني حسونة طه، المرجع السابق، ص154.

1- في التقنينات المستمدة من الفقه الإسلامي:

أ- مجلة الأحكام العدلية[1]: تعتبر مجلة الأحكام العدلية أول تقنين رسمي مستمد من الفقه الإسلامي وبالضبط من الفقه الحنفي. وهي عرفت العقد الموقوف واعتبرته عقدا صحيحا:

- من حيث اعتناقها فكرة العقد الوقوف:

تناولت المواد 111، 113، 368، 377، 378 و967 من هذه المجلة فكرة وقف العقود. ففي عقد البيع نصت المادة 111 منها على أن « البيع الموقوف على ما تعلق به حق الغير كبيع الفضولي »، كما تناولت المادة 967 تصرفات الصبي المميز الدائرة بين النفع والضرر فقضت بأن « تصرفات الصبي المميز الدائرة بين النفع والضرر تنعقد موقوفة على إجازة وليه، ووليه مخير في إعطاء الإجازة وعدمها، فإن رآها مفيدة في حق الصغير أجازها وإلا فلا... ».

- من حيث اعتبار العقد الموقوف صحيحا:

نصت المادة 377 منها على أن: « البيع الموقوف يفيد الحكم عند الإجازة ». فلو لم يكن العقد صحيحا لما وردت الإجازة عليه.

ب – مرشد الحيران [2]: سلك مرشد الحيران نهج مجلة الأحكام العدلية نفسه من حيث اعتناقه فكرة العقد الموقوف واعتباره عقدا صحيحا. وقد نظم أحكامه في عدد كبير من مواده منها المواد: 110، 268، 271، 275، 276، 310 و355.

---

1 – مجلة الأحكام الأحكام العدلية تقنين رسمي لأحكام الفقه الإسلامي، منتقاة من قسم المعاملات من فقه المذهب الحنفي أوجدته الدولة العثمانية في 1876، وقد رتبت مباحثها على الكتب والأبواب الفقهية المعهودة، ولكن فصلت الأحكام بمواد ذات أرقام متسلسلة كالتقنيات الحديثة، ليسهل الرجوع إليها والإحالة عليها، فجاء مجموعها في 1851 مادة. وقد طبقت هذه المجلة فور صدورها في الجزء الأكبر من الدولة العثمانية، وتعتبر دولة الكويت آخر الدول التي ظلت تعمل بها، إذ لم ينته تطبيقها بها إلا بتاريخ 1981/02/25، وهو تاريخ صدور التقنين المدني الكويتي؛ محمد السعيد جعفور، إجازة العقد في القانون المدني والفقه الإسلامي، دار هومة للطباعة والنشر، 2000، ص31، هامش 54.

2 – مرشد الحيران هو أول عمل لتقنين أحكام الفقه الإسلامي في مصر، قام به محمد قدري باشا. وقد جمع فيه أحكام الفقه الإسلامي المتعلقة بالمعاملات معتمدا على مذهب أبي حنيفة، مسترشدا بمجلة الأحكام العدلية، وذلك في شكل التقنينات الحديثة، أي في شكل مواد ذات أرقام متسلسلة. وقد أطلق عليه تسمية مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الناس، وهو يحتوي على 941 مادة. وتم طبعه في مصر في 1890.

ويعتبر مرشد الحيران مجرد اجتهاد فقهي لم يرق إلى مرتبة التشريع، لذا فهو لم يطبق بصفة رسمية في أي بلد.

فقد نصت المادة 110 منه على أنه: « إذا انعقد العقد موقوفا غير نافذ بأن كان العاقد فضوليا تصرف في ملك الغير بلا إذنه، أو كان العاقد صبيا مميزا، فلا يظهر أثره، ولا يفيد ثبوت الملك إلا إذا أجازه المالك في الصورة الأولى والولي أو الوصي في الصورة الثانية، ووقعت الإجازة مستوفية شرائط الصحة ».

2 – في تقنينات بعض الدول العربية:

اعتنق كثير من قوانين الدول العربية فكرة وقف العقد، مع اختلاف في حالات الوقف وأسبابه. سنحاول الوقوف على نماذج منها:

أ– **التقنين المدني العراقي:** يعد هذا التقنين، الصادر بالقانون رقم 40 لسنة 1951، من أبرز التقنينات العربية التي تأثرت بالفقه الإسلامي في تنظيمه لأحكام البطلان واعتناقه لفكرة وقف العقد الذي تعتبره عقدا صحيحا. وقد نص على العقد الموقوف ونظم أحكامه في المواد من 133 إلى 136 منه. وتوسع في أسبابه فجعله يشمل نقص الأهلية وعيوب الإرادة كلها وانعدام الولاية على محل التعاقد[1].

لقد تناولت الفقرة الأولى من المادة 133 العقد الصحيح بالنص على أن « العقد الصحيح هو العقد المشروع ذات ووصفا بأن يكون صادرا من أهله مضافا إلى محل قابل لحكمه وله سبب مشروع وأوصافه صحيحة سالمة من الخلل »، وأضافت الفقرة الثانية من المادة ذاتها أنه: « إذا لم يكن العقد الصحيح موقوفا أفاد الحكم في الحال ». ومن ذلك يتضح أن العقد الصحيح إما أن يكون نافذا يرتب أثره في الحال، أو غير نافذ في الحال بأن يكون موقوفا.

وخصصت المادة 134 منه الوقف لسبب نقص الأهلية أو عيب من عيوبه، وقضت الفقرة الأولى من المادة 135 بأن: « من تصرف في ملك غيره بدون إذنه انعقد تصرفه موقوفا على إجازة المالك ».

في حين يستفاد من نص المادة 136 منه أن خيار الإجازة أو النقض (أي طلب الإبطال) يجب أن يستعمل خلال ثلاثة أشهر من تاريخ بلوغ القاصر سن الرشد، أو من الوقت الذي يعلم فيه وليه بصدور العقد منه[2].

---

1 – عبد المجيد الحكيم، شرح القانون المدني الأردني والقانون المدني العراقي والقانون المدني اليمني، ج 1: مصادر الالتزام، ص 308؛ عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق، ج 4، المرجع السابق، ص282.

2 – محمد حسنين، المرجع السابق، ص108.

يتضح مما تقدم، أن القانون العراقي قد استمد نظرية العقد الموقوف من الفقه الإسلامي وأحلها محل نظرية البطلان النسبي (أي القابلية للإبطال) المعروفة في الفقه الغربي والتشريعات الحديثة، لكنه توسع في الحالات التي يكون فيها العقد موقوفا، بأن ألحق بها بعض الصور التي كان العقد يعتبر فيها فاسدا حسب الفقه الحنفي ومجلة الأحكام العدلية، لأن المشرع لم يأخذ بفكرة العقد الفاسد فكان عليه أن يلحق بعض صوره بالعقد الباطل ويلحق صورا أخرى بالعقود الصحيحة الموقوفة[1].

ويعتبر العقد موقوفا في التقنين المدني العراقي في الحالات الآتية:

– حالة صدور العقد من ناقص الأهلية كالصغير المميز والسفيه وذي الغفلة وكان العقد من عقود المعاوضات، ذلك أن تصرفات ناقص الأهلية إذا كانت دائرة بين النفع والضرر، لا تعتبر باطلة بل تنعقد صحيحة ولكنها تكون موقوفة على إجازة وليه (المادة 98 مدني عراقي) أما إذا كان التصرف تبرعا فيعتبر باطلا، وإن كان من التصرفات النافعة نفعا محضا فيعتبر صحيحا ونافذا ولو بدون إذن الولي.

– حالة كون إرادة أحد المتعاقدين، أو كليهما، مشوبة بعيب من عيوب الإرادة التي تجعل العقد موقوفا، وهي الإكراه والغلط والتغرير مع الغبن[2] (المواد 121، 115، 117، 118 مدني عراقي)، أما الاستغلال فإنه لا يمنع نفاذ العقد وإنما يجيز للمتعاقد المغبون أن يطالب خلال سنة من تاريخ العقد برفع الغبن عنه إلى الحد المعقول إذا كان العقد معاوضة، أو أن يطالب بنقض العقد إذا كان تبرعا خلال المدة نفسها (المادة 125 مدني عراقي)[3].

– حالة تصرف أحد في ملك الغير بدون إذنه، التي ينعقد فيها العقد موقوفا على إجازة المالك وهي حالة الفضولي، (المادة 135 مدني عراقي).

– حالة إبرام الوكيل عقدا تجاوز فيه حدود وكالته، أو إذا عمل دون توكيل أصلا، فإن نفاذ العقد في حق الموكل يبقى موقوفا على إجازته (المادة 1/944 مدني عراقي).

---

1 – غني حسونة، المرجع السابق، ص156.

2 – نشير إلى أن القانون العراقي سار على النهج الذي يعرفه الفقه الحنفي والشافعي الذي قرن بين التغرير والغبن، فهو لم يعتبر الغبن عيبا مستقلا من عيوب الإرادة ولكن يعتبر التغرير عيبا مستقلا وإنما اشترط اقترانه بالغبن (المادة 1/124)، وهذا على خلاف ما ذهبت إليه المذاهب الإسلامية الأخرى.

3 – محمد سعيد جعفور، نظرية عيوب الإرادة في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر، 2002، ص 149. غني حسونة طه، المرجع السابق، ص156؛ محمد سعيد جعفور وفاطمة إسعد، المرجع السابق، ص76؛

وتقابل الحالات السابقة حالات العقد الباطل بطلانا نسبيا (القابل للإبطال) في الفقه الغربي والقوانين التي حذت حذوه.

ب- مجلة الأحوال الشخصية التونسية[1]: اعتنقت مجلة الأحوال الشخصية التونسية، الصادرة بتاريخ 13 أوت 1956، فكرة وقف العقود أسوة بالرأي الغالب في الفقه الإسلامي منظمة حالاته في عدة مواد منها:

– المادة 156 التي تقضي بما يلي « الصغير الذي لم يتم الثالثة عشرة يعد غير مميز وجميع تصرفاته باطلة. والصغير الذي تجاوز الثالثة عشرة يعد مميزا وتصرفاته تكون نافذة إذا كانت من قبيل النفع المحض وباطلة إذا كانت من قبيل الضرر المحض. ويتوقف نفاذها في غير الصورتين المذكورتين على إجازة الولي ».

– المادة 179 التي تنص على أن الوصية لوارث موقوفة فيما جاوز ثلث التركة على إجازة الورثة.

لقد سلك المشرع التونسي المسار نفسه الذي سلكته التقنيات العربية المعتبرة للعقد الموقوف عقدا صحيحا، وهذا ما يتضح من المادتين السابقتين اللتين تنصان على أن العقد الموقوف عقد صحيح يرتب آثاره بعد صدور الإجازة ممن يملكها شرعا حسب كل حالة.

ج- التقنين المدني الأردني: نظم التقنين المدني الأردني، الصادر بالقانون رقم 43 لسنة 1976، العقد الموقوف ضمن نظرية عامة في المواد من 171 إلى 175 منه واعتبره عقدا صحيحا. وورد ذكر حالات وقف العقد في المادة 171 كما يلي:

« – إذا صدر التصرف من فضولي في مال غيره.

– إذا صدر من مالك في مال له تعلق به حق الغير.

– إذا صدر من ناقص الأهلية وكان تصرفه دائرا بين النفع والضرر.

– إذا صدر التصرف من مكره.

– إذا ورد في القانون نص خاص يقضي بالوقف »[2].

كما تناولت المواد من 172 إلى 175 كلا من صاحب الحق في الإجازة في كل

1 – صدرت مجلة الأحوال الشخصية التونسية بموجب الأمر العلي المؤرخ في 06 محرم 1376 الموافق لـــ1956/08/13، منشورات دار إسهامات في أدبيات المؤسسة، تونس، 2000.

2 – الجريدة الرسمية للمملكة الأردنية الهاشمية، العدد 2645، عمان 1976/08/01.

الحالات، كيفية التعبير عن الإجازة، شروط الإجازة، أثرها في العقد الموقوف وأثر رفض إجازته[1].

د- التقنين المدني الكويتي: كانت دولة الكويت آخر دولة تم فيها تطبيق مجلة الأحكام العدلية إلى غاية، وذلك إلى 1981/02/25 تاريخ صدور التقنين المدني الكويتي الذي أخذ فيه المشرع الكويتي بنظرية البطلان النسبي. غير أن هذا المشرع، على إثر التعديل الذي أدخله على تقنينه المدني عام 1995، عاد للأخذ بنظرية العقد الموقوف بدلا من العقد القابل للإبطال، وهذا بموجب المواد من 179 إلى 183. وقد كان المبرر لهذا التعديل استكمال تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية.

هـ- تقنين المعاملات المدنية السوداني: صدر هذا التقنين في سنة 1984 متبنيا فكرة وقف العقد ومنظما أحكامه في المواد من 87 إلى 90، فجعله يشمل تصرفات الصبي المميز الدائرة بين النفع والضرر طبقا للمادة 55، وتصرفات السفيه وذي الغفلة في المادة 59. كما اعتبر الوقف جزاء لتوفر عيب من عيوب الإرادة[2] وهي الغلط (المادة 2/63)، التدليس (المادة 67)، الإكراه (المادة 69)؛ في حين تناول في المادتين 83 و85 الغرر أو الغبن وطبق عليه فكرة العقد غير اللازم وأجاز لمن تعاقد بغبن فاحش تحت تأثير التغرير حق فسخ العقد.

و- تقنين المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية: صدر هذا التقنين سنة 1985 منظما أحكام نظرية العقد الموقوف في المواد من 213 إلى 217 منه.

فتناولت المادة 213 أسباب العقد الموقوف، فقضت بالآتي:

« يكون التصرف موقوف النفاذ على الإجازة إذا صدر من فضولي في مال غيره أو من مالك في مال له تعلق به حق لغيره أو من ناقص الأهلية في ماله تصرفه دائر بين النفع والضرر أو من مكره أو إذا نص القانون على ذلك ». وخصصت باقي المواد لتنظيم أحكام الإجازة وآثارها[3].

---

1 – يلاحظ أن المشرع الأردني وإن اقتدى بنظيره العراقي من حيث اعتناقه فكرة وقف العقد إلا أنه ضيق من نطاقها لاسيما في عيوب الإرادة؛ إلياس ناصف، موسوعة العقود المدنية والتجارية: حل العقود، ج 7، ط 2، ص448.

2 – محمد جبر الألفي، "عوامل الاستقرار للعقد القابل للإبطال: دراسة تحليلية مقارنة"، مجلة الحقوق، كلية الحقوق، جامعة الكويت، العدد1، السنة 9، شهر مارس 1985، ص ص38–39.

3 – إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص440.

وما يلاحظ على هذا التقنين أنه اقتدى بنصوص التقنين المدني الأردني في تنظيمه للعقد الموقوف الذي تتمثل حالاته في كل من: التصرف في ملك الغير، تصرف الشخص في مال تعلق به حق الغير، تصرف ناقص الأهلية، وتصرف الشخص المكره، وكذا الوصية إذا زادت عن حد الإيصاء الشرعي.

ز- التقنين المدني اليمني: صدر التقنين المدني اليمني عام 1992، وقد اعتنق فكرة وقف العقود التي تشمل تصرفات الصبي المميز الدائرة بين النفع والضرر (المادة 61) وكذا تصرف الشخص في ملك غيره. أما الحالات الأخرى فجعلها تخضع لنظام قابلية العقود للإبطال مسايرا نظام التشريعات المستمدة من الفقه الغربي[1].

ح- في التقنين المدني الجزائري: نظم التقنين المدني الجزائري، الصادر بموجب الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 1975/09/26 المعدل والمتمم، أحكام المعاملات المالية، وقد اعتنق بصددها نظرية البطلان النسبي في المواد من 99 إلى 105 مسايرا نهج المشرع المصري. وبتاريخ 1984/06/09[2] أصدر المشرع الجزائري تقنين الأسرة، الذي اعتنق فكرة وقف العقد واعتبره صحيحا، وذلك بمقتضى المادة 83 منه التي نصت على أن تصرفات الصبي المميز المالية الدائرة بين النفع والضرر تعتبر موقوفة على إجازة الولي أو الوصي[3]. وهذا على خلاف التقنين المدني الذي أخذ مشرعنا بموجبه بفكرة العقد القابل للإبطال، متأثرا بنظيريه المصري والفرنسي.

---

1 – صلاح الدين محمد شوشاري، نظرية العقد الموقوف في القانون المدني الأردني، دراسة موازنة بالفقه الإسلامي، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2001، ص34؛
محمد سعيد جعفور، "بيع الفضولي في الفقه الإسلامي والقانون المدني"، مقال منشور بالمجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، الديوان الوطني للاشغال التربوية، ج 39، العدد01، 2001، ص32 هامش 30؛
تنص المادة 60 من التقنين المدني اليمني على ما يأتي: « تصرف فاقد الأهلية غير صحيح وتصرف ناقص الأهلية يعتبر موقوفاً على الإجازة ولا يضمن فاقد الأهلية ما أتلفه مما يدفع إليه من الغير، ولولي ناقص الأهلية أو وصيه أن ينظر في تصرفه إن كان بعوض فله رده (إبطاله) أو إجازته بما تقضي به مصلحته وإن كان بغير عوض تعين على الولي أو الوصي رده لبطلانه ».

2 – القانون رقم 11/84 المؤرخ في 1984/06/09، الموافق 09 رمضان 1404 المتضمن تقنين الأسرة، المنشور بالجريدة الرسمية رقم 24 بتاريخ 1984/06/12، ص10، المعدل والمتمم بالأمر رقم 02/05 المؤرخ في 2005/02/27.

3 – محمد سعيد جعفور وفاطمة إسعد، المرجع السابق، ص78.

المبحث الثاني

مقارنة العقد الموقوف بما يشتبه به من النظم القانونية

يحسن بنا، بعد محاولة وضع تعريف للعقد الموقوف، أن نجري مقارنة بين العقد الموقوف وغيره من مراتب العقد في الفقه الإسلامي والفقه الغربي بغية ضبط مفهومه ضبطا دقيقا.

وللوصول إلى هذا الهدف نوازن بين العقد الموقوف والعقد الفاسد والعقد الباطل في (المطلب الأول)، ثم بين العقد الموقوف والعقد القابل للإبطال والعقد غير الساري في (المطلب الثاني)، ثم بين العقد الموقوف والعقد المنجز والعقد المضاف والعقد المعلق (المطلب الثالث)، وأخيرا نقارن بينه وبين نظرية الخيارات، مستعرضين أوجه الشبه والاختلاف فيما بينها (المطلب الرابع).

المطلب الأول

العقد الموقوف والعقد الفاسد والعقد الباطل

نتناول العقد الموقوف والعقد الفاسد في (الفرع الأول) والعقد الموقوف والعقد الباطل في (الفرع الثاني).

الفرع الأول

العقد الموقوف والعقد الفاسد

انفرد فقهاء الحنفية بإحداث مرتبة الفساد في العقود غير الصحيحة، ولذلك يعرفون نوعا خاصا من العقود تتوسط بين مرحلتي الصحة والبطلان، على خلاف فقهاء المذاهب الإسلامية الأخرى الذين لا يميزون بين العقد الباطل والعقد الفاسد ولا يجعلون بين البطلان والصحة مرتبة ثالثة[1].

1 – محمد صبري الجندي، "فكرة العقد الفاسد، هل يجب الإبقاء عليها في القانون المدني الأردني وقانون المعاملات المدنية لدولة الامارات العربية"؟ مجلة الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، العدد 28، السنة 20، أكتوبر 2006، ص121 جاء فيها: « يبدو أن اعتبارات السياسة التشريعية التي دعت الحنفيين إلى الأخذ بها هي إيجاد وسيلة لدعم استقرار التعامل وعدم التضحية باتفاقات ارتضاها الأطراف وسعوا إلى عقدها »؛ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج 4، دار المكتبي، ط2، 2008، ص235؛ مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص554. ياسين محمد الجبوري، المبسوط في شرح القانون المدني، ج 1، المرجع السابق، ص187.

إنّ الفقه الحنفي يرى بأن أسباب عدم صحة العقد ليست على درجة واحدة من الخطورة، وعليه إذا تعلق الأمر بناحية أساسية كان العقد باطلا أما إذا تعلق الأمر بناحية ثانوية اعتبر العقد فاسدا[1].

ويفرق الفقه الحنفي بين أصل العقد ووصفه، وعليه فإن العقد الفاسد هو ما كان مشروعا بأصله دون وصفه على خلاف العقد الباطل الذي هو ما لا يكون مشروعا لا بأصله ولا بوصفه. فأصل العقد هو أركانه التي إذا تخلفت كان العقد باطلا، بينما يرجع معظم أوصافه إلى المحل، إذ يجب أن لا يكون المحل منهيا عنه كأن يكون في تسليمه ضرر، كما لو باع شخص جذعا في سقف أو آجرا في حائط، أو كما لو كان المحل داخله الغرر في وجوده، كأن يقوم العقد على أمر غير مؤكد فيورط العاقد في نتيجة وهمية، كما لو باعه بقرة على أنها تحلب قدرا معينا، أوكما لو تم البيع بثمن مؤجل إلى آجل مجهول يؤدي إلى النزاع، أو انطوى العقد على شرط فاسد، كما لو اشترى كبشا على أنه نطاح أو ديك على أنه قاتل أو اشتمل العقد على ربا[2]، وهو محرم في الكتاب والسنة. وهناك وصف آخر يرجع إلى الرضا هو أن يخلو الرضا من الإكراه فلا يصح بيع المكره والهازل[3].

ففي هذه الحالات ينعقد العقد، ولكنه لا يكون صحيحا بل فاسدا. وهي حالات يكون العقد في أغلبها صحيحا في القانون الوضعي ويكون موزعا بين الصحة والبطلان عند جمهور الفقهاء[4].

---

1 – الكاساني، بدائع الصنائع، ج 5، المرجع السابق، ص299: « ... البيع الفاسد هو كل بيع فاته شرط من شرائط الصحة وعندنا إنه قسم آخر وراء الجائز والباطل، وهو بيع مشروع مفيد للملك في الجملة ولأنه واجب الفسخ وإن كان مشروعا في ذاته »؛ إبراهيم علي أحمد الشال الطنيجي، "طرق تصحيح العقد الفاسد"، مجلة الشريعة القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، كلية القانون، العدد 31، السنة 21، يوليو 2007، ص173؛ محمد صبري الجندي، المرجع السابق، ص 122.

2 – قال تعالى: ﴿ **يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آَمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَذَرُوا مَا بَقِيَ مِنَ الرِّبَا إِنْ كُنْتُمْ مُؤْمِنِينَ** ﴾ سورة البقرة 278.

3 – محمد حسنين، المرجع السابق، ص28؛ إبراهيم على أحمد الشال الطنيجي، المرجع السابق، ص175، وقد ورد فيها أنه: « يشترط في البيع الصحيح عند الفقهاء أن يكون البيع عن تراض بين البائع والمشتري، فإذا أكره أحدهما على البيع بحيث انعدم الاختيار فإن البيع يفسد عند الحنفية أما عند الجمهور فالبيع باطل إلا إذا أجازه المكره ».

4 – يقول عبد الرزاق السنهوري في مصادر الحق(ج4، المرجع السابق، ص147) ما يأتي: « ... فان اختل الاصل، بأن تخلف الركن أو شرط من شرائطه، فالعقد باطل. وإن اختل الوصف، بأن تخلف أحد الأوصاف المتقدمة فدخل المحل الغرر أو الشرط الفاسد أو الربا أو الضرر عند التسليم أو شاب الرضاء إكراه، فالعقد فاسد لا باطل ».

والعقد الفاسد ينقلب إلى عقد صحيح إذا زال سبب الفساد، كما أن العقود الربوية يجوز تصحيحها بإزالة الربا عنها، والعقود المقترنة بشروط فاسدة يجوز تصحيحها بإسقاط هذه الشروط[1].

أما فقهاء المذاهب الأخرى فلا يفرقون بين اختلال الأصل واختلال الوصف، ويرون أن العقد في الحالتين باطل. ويعبر الإمام الشافعي، رحمه الله، عن البطلان بالفساد أو البطلان فهما عنده اسمان مترادفان دون تفرقة بينهما على أساس أن كلا من العقد الباطل والفاسد منهي عنه شرعا، ويستوي أن يكون النهي عن أصل العقد أو وصفه لأن المنهي عنه حرام لا يصلح لترتيب الالتزام ولا لثبوت الملك، ومن ثم لا يجوز التمييز بين العقد الباطل والعقد الفاسد[2].

وقد تناولت مجلة الأحكام العدلية العقد الفاسد في المادة 109، وتناوله مرشد الحيران في المادة 218. كما اعتنق التقنين المدني الأردني[3] هذا العقد في المادة 170ف/1 التي تقضي بما يلي: « العقد الفاسد هو ما كان مشروعا بأصله لا وصفه فإذا زال سبب فساده صح »، وهي تقابل المادة 212 من تقنين المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة. أما التقنين المدني العراقي فلم يأخذ بفكرة الفساد[4].

وسنحاول، هنا، الوقوف على آثار العقد الفاسد عند الفقاء القائلين به، ثم نبين أوجه الشبه وأوجه الاختلاف بينه وبين العقد الموقوف.

---

1 – ياسين محمد الجبوري، المرجع السابق، ص189؛ إبراهيم علي أحمد الشال الطنيجي، المرجع السابق، ص165؛ وانظر في القول بتصحيح العقد: محمد حبار، المرجع السابق، ص157؛ محمد سعيد جعفور، نظرات في صحة العقد وبطلانه في القانون المدني والفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص104.

2 – يرجع جمهور الفقهاء سبب الاختلاف في تعريف العقد الفاسد إلى الاختلاف في فهم أثر النهي الصادر عن الشرع، فهل النهي يقتضي فساد المنهي عنه؟ وهل يستوي النهي عن ركن من أركان العقد مع النهي عن وصف عارض للعقد لازم له أو غير لازم؟ فالجمهور يرون أن نهي الشارع عن عقد ما يعني عدم اعتباره أصلا ولا فرق بين النهي عن ركن من أركانه والنهي عن وصف عارض للعقد ملازم له أو غير لازم. أما الحنفية فيرون أن نهي الشارع قد يكون معناه إثم من يرتكبه فقط لا إبطاله، ويفرق بين النهي الراجع إلى أصل العقد أي الخلل في الصيغة أو العاقد أو في المحل، فيقتضي بطلان العقد وعدم وجوده شرعا، وبين النهي العائد لأمر آخر كوصف من أوصاف العقد الملازم له، فيقتضي بطلان هذا الوصف فقط، ولا يتعدى البطلان إلى أصل العقد؛ محمد سلام مدكور، المرجع السابق، ص ص606 –607؛ عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق، ج 4، المرجع السابق، ص151؛ محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 353.

3 – إلياس ناصيف، ج7، المرجع السابق، ص448.

4 – عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني العراقي، ج1، جامعة بغداد، د.ت.ن، ص308.

أولا – آثار العقد الفاسد عند الفقاء القائلين به:

العقد الفاسد، عند الفقاء الذين يقولون به والذين أشرنا إليهم آنفا، منعقد كالعقد الصحيح إلا أنه لا يرتب أي أثر قبل القبض، فلا تنتقل ملكية المبيع إلى المشتري ولا الثمن إلى البائع، ولا يجبر أي من المتعاقدين الآخر على تنفيذه. ولكن لو قبض المشتري المبيع بموافقة البائع فإن ملكية المبيع تنتقل إليه دون الانتفاع به، على أن انتقال الملكية لا يتم كأثر للبيع الفاسد بل كأثر لواقعة القبض، لذا فإن المشتري يلزم بقيمة المبيع لا بثمنه المتفق عليه، وأنه إذا هلك المبيع بعد القبض تحمل المشتري تبعة الهلاك وضمن المبيع بقيمته[1].

وقد نصت الفقرتان الثانية والثالثة من المادة 170 من التقنين المدني الأردني على ما يأتي: « 2 – ولا يفيد الملك في المعقود عليه إلا بقبضه.3 – ولا يترتب عليه أثر إلا في نطاق ما تقرره أحكام القانون ».

إنّ العقد الفاسد عقد مستوجب للفسخ[2] بإرادة كل من الطرفين وبإرادة القاضي بناء على طلب كل ذي مصلحة، فإن لم يفعلا اختيارا فسخه القاضي جبرا عليهما متى علم بذلك. فلكل واحد من الطرفين حق الفسخ دون رضا الطرف الآخر، ولكن بعد إعذاره. وإذا توفي أحد المتعاقدين فإن حق الفسخ ينتقل إلى ورثته، وهو ما تقضي به الفقرة الرابعة من المادة 170 من التقنين المدني الأردني من أن « لكل من عاقديه أو ورثته حق فسخه بعد إعذار العاقد الآخر ». وهذا الفسخ دليل على الوجود الشرعي للعقد[3].

وتجدر الإشارة إلى أن الحق في الفسخ قد يسقط في الحالتين التاليتين:

1– تغير المعقود عليه بعد القبض: فلو تغيرت صورته بشكل تخرجه عن حالته الأصلية، بأن كان قمحا فطحنه وأصبح دقيقا أو هلك المبيع أو استهلك فلا يفسخ العقد لاستحالة رده بالحالة التي كان عليها وقت البيع. ويترتب على سقوط الفسخ تضمين المتصرف الأول، أي المشتري من البائع، مثل المبيع أو قيمته وقت العقد[4].

---

1 – أحمد إبراهيم إبراهيم، كتاب المعاملات الشرعية، ط3، 1355هـ–1963، ص 183.

2 – محمد صبري الجندي، المرجع السابق، ص138؛ ياسين محمد الجبوري، المرجع السابق، ص 195.

3 – أحمد إبراهيم إبراهيم، المرجع السابق، ص184، حيث يقول إن « ... العقد الفاسد يقتصر على الأحناف ولدى المذاهب الأخرى فالفاسد والباطل لا فرق بينهما في الجزاء ».

4 – عيسى عبد القادر المومني، المرجع السابق، ص 42 جاء فيها: « إن الدكتور عبد الرزاق السنهوري في المرجع السابق في الصفحة 272، وكذا الدكتور عبد المنعم فرج الصدة في كتابه العقد بين الصحة والبطلان في الشريعة الإسلامية والقانون في الصفحة 297 يريان أهمية فكرة الفساد لأنها تبقي العقد الذي يشوبه خلل في=

2- عدم تعلق حق الغير بالمعقود عليه ضمانا لاستقرار المعاملات وحماية للغير حسن النية: فإذا تصرف المشتري في المقبوض بعقد فاسد وانتقل الملك إلى المتصرف إليه بعقد صحيح كالبيع والهبة، فلا يستطيع البائع استرداد المبيع لأن المشتري تصرف في محل مملوك له فتصرفه صحيح وبالتالي امتنع طلب الفسخ، أما إذا كان التصرف الثاني مما يقبل الفسخ كأن يكون تصرفا فاسدا فلا يمنع من الفسخ واسترداد المبيع من المتصرف[1].

ثانيا – أوجه الشبه والاختلاف بين العقد الموقوف والعقد الفاسد:

نستخلص، مما سبق، أوجه الاتفاق والاختلاف بين العقد الموقوف والعقد الفاسد:

1 – أوجه الاتفاق:

إنّ كلا من العقد الموقوف والعقد الفاسد صناعة حنفية محضة، وهما يتفقان في مشروعية أصلهما التي تتمثل في أركانه وشرائط انعقاده:

– العقد الموقوف والعقد الفاسد كلاهما عقد قائم ومنعقد لا ينتج أثرا، وكلاهما قابل للفسخ، وذلك مع الإشارة إلى أن هذا الاتفاق ظاهري نظرا لأن العقد الفاسد لم يجتز مرحلة الصحة في حين العقد الموقوف اجتاز مرحلة الانعقاد وجاوز مرحلة الصحة وبقي في مرحلة النفاذ لكونه لم ينفذ لتخلف شروط النفاذ[2].

– إن العقد الموقوف مثل العقد الفاسد قبل القبض لا ينتج أثرا، فلو كان العقد بيعا لم تنتقل ملكية المبيع إلى المشتري ولا الثمن إلى البائع.

=شرط من شروط الصحة بعد إسقاط الشرط غير المشروع؛ بينما يرى الدكتور منصور مصطفى منصور في كتابه فكرة العقد الباطل في الشريعة الإسلامية والقانون في الصفحة 325 ما يلي (إنّ فكرة الفساد تعترف بوجود العقد شرعا، وفي الوقت نفسه تعترف بأنه منهي عنه شرعا، وهو لا يصح، ومن جهة أخرى، تعترف للمشتري من البائع بملكية تخوله حق التصرف دون الانتفاع بالشيء، وهو غير معقول، إذ لا يتصور ملك يعطي صاحبه حق التصرف دون الانتفاع) ».

1 – يقول الكاساني في بدائع الصنائع(ج 5، المرجع السابق،ص300) ما يلي: «إذا باع المشتري (أي العين التي سبق بيعها في بيع فاسد) أو وهبه أو تصدق به بطل حق الفسخ، وعلى المشتري القيمة أو المثل لأنه تصرف في محل مملوك له فنفذ تصرفه، ولا سبيل للبائع إلى نقضه لأنه حصل على تسليط منه، ويطيب للمشتري الثاني لأنه ملكه بعقد صحيح بخلاف المشتري الأول فإنه لا يطيب له لأنه ملكه بعقد فاسد... وخرج المبيع من أن يكون مستحق الرد على البائع لحصول البيع من المشتري بتسليطه، والله عز وجل أعلم ».

2 – الكاساني، ج5، المرجع السابق، ص135؛ وفي حاشية رد المحتار، ج 4، المرجع السابق، يقول العلامة ابن عابدين في ص541: « والفاسد ما كان منعقدا بأصله لا بوصفه »؛ رمضان إبراهيم شحاتة القليبي، العقد غير اللازم في الفقه الاسلامي (أسبابه وآثاره)، رسالة دكتوراه في الحقوق، جامعة الاسكندرية، مصر، ص ص26-27؛ محمد سعيد جعفور وإسعد فاطمة، المرجع السابق، ص64؛ محمد حسنين، المرجع سابق، ص29.

2 – أوجه الاختلاف:

العقد الموقوف قسم من العقد الصحيح، فهو عقد انعقد صحيحا توافر فيه ركن الانعقاد وشروطه لكن تخلف عنه أحد شروط النفاذ مما يمنعه من ترتيب أثره إلا إذا أجيز ممن له حق الإجازة، بخلاف العقد الفاسد الذي هو عقد منعقد غير صحيح اجتاز مرحلة الانعقاد المتمثلة في توفر ركن الانعقاد والشروط الخاصة بالانعقاد دون مرحلة الصحة[1].

أ- من حيث ترتيب الأثر:

إنّ العقد الموقوف لا يرتب أثرا إلا بعد إجازته. فإذا أجازه من له حق الإجازة رتب أثره، فلو كان عقد البيع موقوفا وأجيز العقد التزم المشتري بأداء الثمن المسمى للبائع أي المتفق عليه لا بأداء قيمة المبيع، والتزم البائع بتسليم المبيع للمشتري[2]. أما العقد الفاسد فلا يرتب أثرا إلا ما يرتبه القانون، فإذا قبض المشتري المبيع فإن الملكية لا تنتقل إليه كأثر للبيع الفاسد بل كأثر للقبض ولذا فإن المشتري يلزم بقيمة المبيع. ويعد ثبوت الملك فيه بالقبض أثرا للقبض إذا رضي المالك صراحة أو دلالة[3]. لكن هذا الملك ليس مطلقا كالذي يفيده العقد الصحيح (أي العقد الموقوف بعد إجازته)، بل هو ملك يستحق الفسخ وهو مضمون بقيمته إذا كان قيميا أو بمثله إذا كان مثليا لا بالمسمى في العقد (الثمن المتفق عليه فيما بين المتعاقدين)، كما أنه لا يفيد حق الانتفاع بالعين المملوكة ولا يفيد من عناصر الملكية سوى حق التصرف أو ملكية الرقبة دون حق الانتفاع بالعين المملوكة[4].

ب- من حيث القابلية للفسخ:

هي تختلف حسب طبيعة كل عقد، فإذا كنا بصدد عقد فاسد فيكون قابلا للفسخ من الطرفين على السواء، فيحق لكل منهما فسخ العقد والاحتجاج بفساده. كما أنه في العقد الفاسد

---

1 – أحمد فراج حسين، المرجع السابق، ص277؛ محمد حسنين، المرجع السابق، ص ص27 –28.

2 – يقول الزيعلي (في تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، ج 4، المرجع السابق، ص185) ما يلي: « إن الفاسد لا يجوز بالإجازة ولا يرتفع الفساد بها ».

3 – تقضي المادة 371 من مجلة الأحكام العدلية بأن « البيع الفاسد يفيد حكما عند القبض، يعني أن المشتري إذا قبض المبيع بإذن البائع صار مالكا له، فإذا هلك المبيع بيعا فاسدا عند المشتري لزمه الضمان، يعني أن المبيع إذا كان من المثليات لزمه مثله، وإذا كان قيميا لزمته قيمته يوم القبض »؛ محمد سعيد جعفور، نظرات في صحة العقد وبطلانه، المرجع السابق، ص ص 110– 112.

4 – يقول الكاساني في البدائع (ج 5، المرجع السابق، ص304) انه: « ليس له انتفاع بعين المملوك بلا خلاف... ».

لا يوجد إلا طرفا العقد، أما قابلية العقد الموقوف للفسخ فتختلف باختلاف سبب الوقف وصاحب الحق في الإجازة. ولهذا فللعقد منطقة مختلفة عن العقد الفاسد، فقد يوجد شخصان أو ثلاثة، كما في عقد الفضولي، إذ يوجد بائع ومشتري ومالك، وفي بيع ناقص الأهلية، إذ يوجد ناقص الأهلية والشخص الذي تعاقد معه وولي القاصر أو وصيه.

ج- عن صدور الإجازة:

إنّ الفساد لا يرتفع بالإجازة، فإذا أجاز المالك العقد الفاسد فلا تؤثر فيه، فيبقى العقد دائما قابلا للفسخ، سواء تمت إجازة هذا العقد الفاسد القبض أو بعده لأنه مستوجب الفسخ ولأن العقد الفاسد عقد غير صحيح والإجازة لا ترد إلا على العقد الصحيح، وفي هذا يقول الزيلعي: « الفاسد لا يجوز بالإجازة ولا يرتفع الفساد بها »[1].

وكل ما يترتب على العقد الفاسد من أثر هو أنه يفيد الملك بالقبض برضا مالك المبيع، وهو ليس أثرا من آثار العقد المنعقد صحيحا نافذا أو موقوفا بل هو أثر للقبض، ولذا فإن المشتري حين تنتقل إليه ملكية المبيع ببيع فاسد يلزم بقيمة المبيع لا بثمنه المتفق عليه؛ في حين ترد الإجازة على العقد الموقوف من صاحب الشأن، وتؤدي إلى إنفاذه فلا يقبل الفسخ بعدها[2]، وهذا لكونه عقدا صحيحا اجتاز مرحلة الانعقاد والصحة وتوقف في مرحلة النفاذ[3]، والآثار التي تترتب عليه هي آثاره الأصلية أي العقدية، ولذا فإن المشتري يلزم عند الإجازة بأداء الثمن المتفق عليه لا بأداء القيمة بخلاف العقد الفاسد وإن كان منعقدا من

---

1 – يقول ياسين محمد الجبوري (في المرجع السابق، ص198) ما ياتي: « إن العقد الفاسد لا تلحقه الإجازة، ولكنه من الممكن إن ينقلب عقدا صحيحا لا فاسدا وذلك بدفع الفساد منه. اما انه لا تلحقه الإجازة، فذلك لان عدم الصحة الذي يلحقه راجع الى وصف فيه لا يقره الشرع ولا يقره القانون. وليس راجعا الى تخلف عنصر أو ركن يتعلق بالعقد أو باحد العاقدين ».

2 – ورد في البدائع للكاساني (ج 4، المرجع السابق، ص304) ما يأتي: (ولذلك من أحكام الفاسد أنّه لا تثبت فيه الشفعة سواء قبل القبض أو بعده رغم انتقال الملكية إلى المشتري لأن حق البائع لم ينقطع وهي إنما تجب بانقطاع حق البائع لا بثبوت الملك للمشتري)؛

وتنص المادة 371 من مجلة الأحكام العدلية على أن: « البيع الفاسد يفيد حكما عند القبض، يعني إن المشتري إذا قبض المبيع بإذن البائع صار مالكا له، فإذا هلك المبيع بيعا فاسدا عند المشتري لزمه الضمان، يعني إن المبيع إذا كان من المثليات لزمه مثله، وإذا كان قيميا لزمته قيمته يوم قبضه ».

3 – محمد الحسين حنفي، "نظرية البطلان في العقود في الفقه الإسلامي"، مقال منشور بمجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد 1 و2، 1960، ص09؛ محمد سعيد جعفور، إجازة العقد في القانون المدني، المرجع السابق، ص215.

الناحية النظرية، إلا أن قوته الملزمة أقل من ذلك، إذ هي تكاد لا تزيد عن قوة العقد الباطل، فهي هزيلة على وجه الإجمال[1].

الفرع الثاني

العقد الموقوف والعقد الباطل

نقسم هذا الفرع الى نقطتين: نتناول في الأولى تعريف العقد الباطل ونعالج في الثانية حكم العقد الباطل.

أولا – التعريف بالعقد الباطل:

البطلان في اللغة: هو سقوط الشيء لفساده، فيقال: "أبطله" و"بطل بطلانا".

البطلان في اصطلاح الفقهاء: إنّ العقد في الفقه الإسلامي، كما أسلفنا، ينقسم إلى عقد صحيح وعقد غير صحيح. فالصحيح يقسم إلى نافذ وموقوف، أما النافذ فهو ما يفيد الملك في الحال ولا يتعلق به حق الغير، أما غير النافذ أو الموقوف فهو العقد الذي تعلق به حق الغير ولا يفيد الحكم إلا عند إجازة صاحب الحق (المادة 111 من المجلة).

والعقد غير الصحيح في الرأي الراجح في الفقه الإسلامي، عند فقهاء كل من فقهاء الشافعية والمالكية والحنابلة والظاهرية، هو قسم واحد، فالباطل والفاسد عندهم لفظان مترادفان[2]. أما فقهاء الحنفية والزيدية فيقسمون العقد غير الصحيح إلى فاسد وباطل[3]، ويرون أن أسباب عدم صحة العقد ليست على درجة واحدة من الخطورة، وعليه اختلف الجزاء الذي يترتب على تحقق سبب من أسباب عدم الصحة، فإذا تعلق الأمر بناحية أساسية كان العقد باطلا، أما إذا كان يتعلق بناحية ثانوية كان العقد فاسد[4].

---

1 – محمد زكي عبد البر، المرجع السابق، ص15 و16؛ عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق، ج 4، المرجع السابق، ص159؛ رمضان إبراهيم شحاتة القليبي، المرجع السابق، ص 393.

2 – محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص369؛ ورد في ص312 في الأشباه والنظائر للسيوطي ما يلي: « الباطل والفاسد عندنا مترادفان إلا في الكتابة والخلع والعارية والوكالة والشركة والقراض... ».

3 – الكاساني، بدائع الصنائع، ج 5، المرجع السابق، ص299؛ محمد بن اسماعيل الغشم، المرجع السابق، ص 36؛ وتنص المادة 109 من مجلة الأحكام العدلية على أن: « البيع الفاسد هو المشروع أصلا لا وصفا، يعني إنه يكون صحيحا باعتبار بعض أوصافه الخارجة »، وتقضي المادة 110 من المجلة ذاتها بأن « البيع الباطل ما لا يصح أصلا يعني انه لا يكون مشروعا أصلا ».

4 – علي الخفيف، المرجع السابق، ص ص128 – 131.

وقد سبق أن أشرنا إلى أن أصل الخلاف بين الجمهور والحنفية يرجع إلى اختلافهم في أثر النهي في المنهي عنه من التصرفات:

فجمهور الفقهاء يرون أن نهي الشارع عن التصرف يقتضي فساده، أي بطلانه، وعدم وجوده شرعا سواء كان النهي لذات المنهي عنه كالنهي عن بيع الدم أو بيع الخنزير، أو كان النهي عن وصف لازم له كالبيع المشتمل على الربا[1]، وذلك استنادا إلى لقول النبي صلى الله عليه وسلم: « **من عمل عملا ليس عليه أمرنا فهو رد** »[2]. كما يرون أن صحة التصرف تستمد من حكم الشارع ولا يتفق قوله بصحتها مع نهيه عنها.

بينما يرى الحنفية أن المنهي عنه إذا كان في العبادات فإنه يجعله باطلا أو فاسدا على السواء ذلك أن الثواب هو النهي، أما إذا كان النهي في المعاملات فإن كان راجعا إلى أصل التصرف فيكون بطلان التصرف وعدم وجوده شرعا ومنه عدم ترتب أي أثر عليه، حيث يكون الخلل في ركنه أو محله كأن يكون المبيع ميتة أو دما، أما إذا كان النهي يرجع إلى وصف ملازم له فيبطل الوصف ويبقى الأصل ولا يتعدى البطلان إلى أصل التصرف لأنه مشروع ولا يمسه النهي، فيكون التصرف إذن فاسدا ولوجود الأصل صحيح فيترتب عليه بعض الآثار، كما لو كان المحل غير مقدور على تسليمه إلا بضرر أو كان به شرط مخالف لمقتضاه[3].

لقد عرّف العقد الباطل في اصطلاح الفقهاء بأنه « ما لا يكون مشروعا لا بأصله ولا بوصفه »[4]، فوجوده كعدمه لمخالفته لقاعدة يوجب الشارع مراعاتها. فلا يترتب عليه أثره الشرعي، من نشوء حق من امتلاك وانتفاع وغيرها من الحقوق والمصالح التي تجعل التصرف سببا منشئا لها.

ومن أمثلة العقد الباطل العقد الذي يبرمه المجنون أو الصبي المميز فيما يضره ضررا محضا لأنه تنعدم فيه أهلية التعاقد، أو بيع ما ليس متقوما كبيع الدم أو بيع الميتة لانعدام

---

1 – علي الخفيف، المرجع السابق، ص305.

2 – الحديث أخرجه الإمام أبي الحسين مسلم باللفظ نفسه عن عائشة رضي الله عنها (تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، دار الحديث بالقاهرة، ج2، 1991، ص ص1342 – 1344، رقم الحديث 1718): نقلا عن محمد بن اسماعيل الغشم، المرجع السابق، ص 32.

3 – محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص551؛ ياسين محمد الجبوري، المرجع السابق، ص 162.

4 – الكاساني، بدائع الصنائع، ج5، المرجع السابق، ص303؛ ابن الهمام، شرح فتح القدير، ج 6، المرجع السابق، ص42؛ عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق، ص25.

قابلية محل العقد لصدوره عليه. وإذا كان محل عقد البيع معدوما، كما لو كان التعامل في شيء مستقبل، فهو غير جائز في الفقه الإسلامي الذي يعتبره من قبيل الشيء المعدوم[1]. وقد نصت المادة 373 من مرشد الحيران على أن: « بيع المعدوم باطل، فلا يجوز بيع الثمر قبل ظهوره ولا بيع الزرع قبل نباته ولا بيع الحمل » وقال ابن الهمام في شأنه في فتح القدير « ... إنما بطل هذا البيع، فعسى أن لا تلد الناقة أو تموت قبل ذلك »[2].

كما عرفت مجلة الأحكام العدلية البيع الباطل في المادة 110 التي نصت على أن « البيع الباطل ما لا يصلح أصلا، يعني أنه لا يكون مشروعا أصلا ».

والعقد الباطل في القانون هو التصرف الذي يعتبر غير موجود لانعدام بعض أركانه، أو لعدم وجود محله أو لانتفاء معنى التصرف. ولا ينتج هذا العقد أثرا بين المتعاقدين ولا في مواجهة الغير[3].

ثانيا – حكم التصرف الباطل:

إنّ العقد الباطل في الفقه الإسلامي يأخذ حكم العقد الباطل نفسه في القانون المدني، فهو لا وجود له، وهو والعدم سواء، لذلك لا تترتب عليه آثار العقد الصحيح ولا يجبر أحد المتعاقدين على تنفيذه بل الواجب عدم تنفيذه، فلو كان العقد بيعا لا تنتقل الملكية وإذا كان زواجا لا يحل له الاستمتاع.

إن العقد الباطل غير منعقد أصلا ولا يفيد ملكية الأعيان ولا ينتج أي أثر ولا تلحقه الإجازة، ولكل ذي مصلحة أن يتمسك ببطلانه دون أن يرفع دعوى أمام القضاء، وللمحكمة أن تقضي ببطلانه من تلقاء نفسها[4]. وقد عرف الفقيهان الفرنسيان Aubry et Rau البطلان بأنه « **عدم الصحة أو عدم النفاذ** الذي يلحق تصرفا لمخالفته لأمر أو نهي من القانون »[5].

---

1 – الكاساني، بدائع الصنائع، ج 5، المرجع السابق، ص138.

2 – ابن الهمام، فتح القدير، ج6، المرجع السابق، ص192.

3 – محمد حسنين، المرجع السابق، ص87؛ محمد حبار، المرجع السابق، ص15.

4 – إسماعيل غانم، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، مكتبة عبد الله وهبة، القاهرة، مصر، 1968، ص ص277–278؛ أنورسلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الاردني، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، مصر، 1998، ص142؛ عبد السيد أحمد عبد الله، إبرام العقد في قانون المعاملات المدنية الإماراتي، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، 1995، ص168؛ عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق، ج 4، المرجع السابق، ص135.

5 - AUBRY ET RAU, Cours de Droit Civil Francais, 4e édition, t 1et 6, par BARTIN, Paris, 1952, p.179 : « La nullité est **l'invalidité** ou **l'inefficacité** dont un acte est frappe comme contrevenant a un commandement ou a une défense de la loi ». =

لكن هذا التعريف انتقد من حيث أنه سوى بين **عدم الصحة وعدم النفاذ**. ولهذا عرّف البطلان، في الرأي الفقهي الراجح هو « الجزاء الذي يرتبه القانون على تخلف ركن من أركان العقد أو على اختلاله »، بحيث يكون الجزاء في زوال أثر التصرف القانوني.

وقد يتم تنفيذ التصرف الباطل، فما الحكم حينئذ؟

إذا نفذ التصرف رغم بطلانه وعدم وجوده شرعا وجب إعادة الحالة إلى ما كانت عليه سابقا، فإذا كنا مثلا بصدد عقد بيع فللبائع أن يسترد المبيع وللمشتري أن يسترد الثمن. ويكون للبائع أن يسترد المبيع ولو كان المشتري تصرف فيه إلى شخص آخر، ذلك أن البيع لم ينقل الملكية فيكون تصرفه تصرفا في ملك الغير[1].

لكن قد يثور التساؤل عند هلاك المبيع في حالة تنفيذ العقد الباطل.

للفقه الحنفي، بصدد هذه المسألة رأيان:

ذهب الرأي الأول إلى أن المبيع في يد المشتري أمانة لأنه قبضه بإذن البائع فلا يضمنه إلا إذا تعدى، وهو ما تناولته المادة 370 من مجلة الأحكام العدلية التي نصت على أن « البيع الباطل لا يفيد الحكم أصلاً فإذا قبض المشتري المبيع بإذن البائع في البيع الباطل كان المبيع أمانة عند المشتري فلو هلك بلا تعد لا يضمنه ».

وذهب الرأي الثاني إلى أنه مضمون على المشتري، ويكون ضمانه بالمثل أو القيمة. فالعقد الباطل رتب أثرا لا باعتباره تصرفا شرعيا ولكن باعتباره واقعة شرعية[2]. وقد تبنى هذا الرأيَ كل من فقهاء المالكية والشافعية والحنابلة.

ثالثا – أوجه الشبه والاختلاف بين العقد الموقوف والعقد الباطل:

يتضح، مما سبق، أن العقد الموقوف يتفق مع العقد الباطل في أوجه ويختلف عنه في أوجه أخرى:

1- أوجه الشبه:

أ- كل من العقد الموقوف والعقد الباطل لا ينتج أثرا سواء بين المتعاقدين أو الغير.

= JACQUE FLOUR ; JEAN-LUC AUBRET ; ERIC SAVAUX, Droit Civil, les Obligations, 1. L'acte juridique ,12e édition, p260 «la nullite relative est encourue lorsque le contrat est seulement malade ou informe, et, par consequent, guerissable.

1 – النووي، المجموع، ج 9، المرجع السابق، ص369؛ ابن قدامة، المغني، ج4، المرجع السابق، ص288.

2 – عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق، المرجع السابق، ج 4، ص136؛ ياسين محمد الجبوري، المرجع السابق، ص 136.

فالعقد الموقوف خلال فترة توقفه لا يرتب أثرا، كما أن العقد الباطل ليس له وجود إلا من حيث الصورة فلا يطالب بتنفيذه وإن نفذ فلا يترتب عليه أثر.

ب– إذا لم تتم إجازة العقد الموقوف من صاحب الشأن فيها أو تم رده من يكون له حق رده أصبح كالعقد الباطل.

2– أوجه الاختلاف:

أ– من حيث الانعقاد: إنّ العقد الموقوف عقد منعقد لتوافر ركنه وشرائط انعقاده لكنه لم يجتز مرحلة النفاذ فقط، بينما العقد الباطل عقد غير موجود شرعا وليس له وجود قانوني، فهو في حكم العدم. ثم إن العقد الموقوف موقوف على الإجازة، فإن تحققت نفذ وأصبح منتجا لآثاره منذ وقت انعقاده، وإن لم ننم إجازته لم ينفذ، بخلاف العقد الباطل فهو عقد غير صحيح فلا ترد عليه الإجازة لأنه معدوم، أي ولد ميتا فلا يتصور إحياؤه عن طريق الإجازة[1].

ب– من حيث الآثار: إنّ آثار العقد الموقوف موقوفة لا منعدمة لأن هذا العقد موقوف النفاذ، وهو عقد صحيح وله وجود قانوني وإنما ترتيب آثاره معلق على صدور الإجازة، بينما العقد الباطل فإن آثاره معدومة لأنه غير موجود.

ج– من حيث التمسك بالبطلان أو الإجازة: إنّ التمسك بالبطلان غير قاصر على طرفي العقد الباطل وإنما يتمسك به كل ذي مصلحة[2]، ويجوز للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها لأن علة البطلان ترجع إلى عدم قيام العقد. فالشخص ذو المصلحة قد يكون الدائن والخلف الخاص والخلف العام. فالدائن له مصلحة في التمسك ببطلان العقد الصادر من مدينه لأن تصرفه قد يؤثر في الجانب الإيجابي من ذمة المدين بالانتقاص منه، والخلف العام يتمسك بذلك في وجه المورث حتى تعود العين المتصرف فيها إلى التركة، أما الخلف

---

1 – جاء في رد المحتار لابن عابدين، (ج 3، المرجع السابق، ص256) ما يلي: « الباطل لا تلحقه الإجازة »؛ عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق، ج 4، المرجع السابق، ص125.

2 – عدنان إبراهيم السرحان ونوري حمد خاطر، المرجع السابق، ص202؛ علي فيلالي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، دار المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001، ص259؛ الغوثي بن ملحة، القانون القضائي الجزائري، ج 2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001، ص10 حيث يقول: « وشرط المصلحة عند استعمال الدعوى القضائية يقوم هو بذاته على عنصرين: أولهما الادعاء بحق يستند إلى القانون... وثانيهما أن يكون الاعتداء على الحق قائما في نفس الوقت »؛ محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري: النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، التصرف القانوني، ج 1، العقد والارادة المنفردة، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، ط2، 2004، ص257.

الخاص، كالمشتري، فيتمسك ببطلان التصرف الصادر من البائع في شأن العين المبيعة حتى تخلص له هذه العين[1]. بينما العقد الموقوف يتمسك بإجازته فقط من له حق الإجازة، فقد يكون مقررا لمصلحة أحد أطراف التصرف أو لمصلحة الغير في آن واحد: فتوقف التصرف لنقص الأهلية يكون مقررا لمصلحة أحد أطراف التصرف، فإذا توفي أحد أطراف التصرف أو من تقرر وقف التصرف لمصلحته فلا تكون الإجازة صحيحة.

المطلب الثاني

العقد الموقوف والعقد القابل للإبطال والعقد غير النافذ

نتناول مضمون هذا المطلب في فرعين: نعقد مقارنة بين العقد الموقوف والعقد القابل للإبطال في (الفرع الأول) ونجري مقارنة بين العقد الموقوف والعقد غير الساري أو غير النافذ في (الفرع الثاني).

الفرع الأول

العقد الموقوف والعقد القابل للإبطال

نقسم هذا الفرع الى نقطتين نتناول في أولهما المقصود بالعقد القابل للابطال وفي ثانيهما أوجه الاتفاق والاختلاف بين العقدين.

أولا – المقصود بالعقد القابل للإبطال:

إنّ فكرة العقد القابل للإبطال هي من صنع الفقه الغربي، أخذ بها بعض قوانين الدول العربية، كالقانون المدني المصري والجزائري والسوري وقانون الموجبات اللبناني.

وفحوى فكرة العقد القابل للإبطال هو أن انتقال الملكية التزام على العاقد، ويستحيل أن يستطيع الملتزم نقل الملكية لأنه لا يملكه. ولما كانت الاستحالة ليست مطلقة كان العقد قابلا للإبطال لاستحالة تنفيذ الملتزم لالتزامه. كما أن البطلان النسبي، أو القابلية للإبطال، يتحقق في حالة ما إذا تخلف في العقد شرط من شروط الصحة، كعقد ناقص الأهلية أو عقد من شاب إرادته عيب من عيوب الرضا.

ويحتل العقد الموقوف في الفقه الإسلامي والقوانين العربية التي أخذت به المكان الذي يحتله العقد القابل للإبطال في الفقه الغربي والقوانين المدنية العربية التي تأخذ به، إلا أن

1 – محمد السيد أحمد عبد الله، المرجع السابق، ص170.

المفهومين ليسا صنوين بل يكادان أن يكونا ضدين، لأن الفرق بينهما أن العقد الموقوف لا ينتج آثاره إلى أن تلحقه الإجازة، أما العقد القابل للإبطال عقد صحيح منتج لآثاره إلى أن يحكم ببطلانه، فهو عقد صحيح قبل تقرير البطلان نظرا لترتب أثره عليه فور انعقاده، وهو باطل بعد هذا التقرير لأنه يعتبر كأن لم يكن ويجب إزالة أثره[1]. وعليه، فإن للإجازة دورا ايجابيا في العقد الموقوف لأنها هي التي تجعله ينتج آثاره، أما قبل ذلك فهو عقد في حالة سبات؛ أما دورها في العقد القابل للإبطال فهو سلبي يقتصر فقط على إزالة خطر البطلان الذي يهدده.

وفي واقع الأمر، يمر العقد القابل للإبطال بمرحلتين:

الأولى: يكون العقد القابل للإبطال فيها صحيحا منتجا لكافة آثاره، فيتحصن العقد إذا لم يطالب صاحب الحق إبطاله، كما يتحصن العقد إذا انقضت المدة المقررة لطلب إبطاله.

الثانية: في هذه المرحلة، إذا تقرر الإبطال بالتقاضي أو التراضي، انسحب بطلان العقد إلى لحظة إنشائه بأثر رجعي[2].

ويعرف الفقه الإسلامي صورة مطابقة للعقد القابل للإبطال وهي العقد غير اللازم، فكل منهما ينتج آثاره إلى إن يستعمل العاقد خياره في إجازة العقد أو إبطاله، فإذا حكم بالإبطال انقضى العقد وإذا أجيز تأيد واستقر نهائيا.

ثانيا – أوجه الاتفاق والاختلاف بين العقد الموقوف والعقد القابل للإبطال:

نتناول أولا أوجه الاتفاق ثم ثانيا أوجه الاختلاف.

1- أوجه الاتفاق:

أ- من حيث أثر الإجازة: إنّ العقد القابل للإبطال والعقد الموقوف ترد عليهما الإجازة أو الرفض من صاحب الحق في ذلك. كما أن أثر الإجازة يستند إلى وقت انعقاد العقد، وذلك مع الإشارة إلى أنه إذا كان للإجازة دور إيجابي يجعل العقد الموقوف يرتب أثره منذ لحظة انعقاده، فإن دورها في العقد القابل للإبطال يقتصر على إزالة العيب الذي كان يشوبه بأثر

1 – عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني: نظرية الالتزام، مصادر الالتزام، ج 1، دار احياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 1952، ص491؛ منصور مصطفى منصو، "فكرة العقد الباطل في الشريعة والقانون"، مجلة المحاماة، العدد 1 و2، السنة 52، جانفي وفيفري 1972، ص123. السعيد جعفور، نظرات في صحة العقد وبطلانه، المرجع السابق، ص61.

2 – عبد الحكم فودة، البطلان في القانون المدني والقوانين الخاصة، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، مصر، 1993، ص485؛ عبد الودود يحي، الموجز في النظرية العامة للالتزامات، ج 1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1982، ص148؛ ياسين محمد الجبوري، المرجع السابق، ص 53.

يستند إلى وقت انعقاده[1].

ب- من حيث أثر رفض الإجازة: في حالة عدم صدور الإجازة، فيلاحظ أن النتيجة واحدة في العقدين وهي اعتبار العقد كأن لم يكن، فيرجع الطرفان إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد، وإذا استحال ذلك قضي بالتعويض. ويقتصر حق التمسك بإبطال العقد على من شرع لحمايته طبقا لأحكام المادة 99 من التقنين المدني الجزائري، لأن سبب تقرير هذا الحق شرعت رعاية لمصلحة خاصة بالنسبة إلى أشخاص معينين، كما في حالة معيب الإرادة ونقص الأهلية[2].

2- أوجه الاختلاف:

أ- من حيث ترتيب العقد لأثره: العقد الموقوف لا ينتج أي أثر إلا بعد إجازة العقد لمن يملكها شرعا، فإذا صدرت صحيحة مستوفية لشروطها أنتج العقد أثره منذ تاريخ إبرامه، لأن الإجازة لا تنشئ العقد الموقوف إنشاء بل تنفذه إنفاذا[3]. أما العقد القابل للإبطال، وهو منتج لآثاره، فهو منذ إبرامه يكون مهددا بالزوال، فإذا رفع عنه خطر الإبطال بالنزول عن الحق في المطالبة بالإبطال استقر نهائيا، وكذلك الأمر لو انقضت المدة المقررة لطلب إبطاله.

ب- من حيث ورود الإجازة على العقد: إنّ كلا من العقد الموقوف والعقد القابل للإبطال محل لورود الإجازة عليه، لكن أثرها يختلف، كما أشرنا آنفا: ففي العقد الموقوف يستند أثر الإجازة إلى وقت انعقاده، فالإجازة يكون لها دور ايجابي، إذ هي التي تجعل العقد ينتج أثره مستندا إلى تاريخ إبرامه[4]، أما في العقد القابل للإبطال فيقتصر أثرها على أن

---

1 – أمجد محمد منصور، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دراسة في القانون المدني الاردني والمصري والفرنسي ومجلة الاحكام العدلية والفقه الاسلامي مع التطبيقات القضائية لمحكمتي النقض والتمييز، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2001، ص 155؛ عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، ص477؛ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج 1، المرجع السابق، ص518.

2 – تقضي المادة 99 من التقنين الجزائري بأنه: « إذا جعل القانون لأحد المتعاقدين حقا في إبطال العقد، فليس للمتعاقد الآخر أن يتمسك بهذا الحق »، وذلك فضلا عما يقضي به القانون في نصوص خاصة كنص المادة 397 من تقنيننا المتعلق ببيع ملك الغير؛ هدى عبد الله، دروس في القانون المدني، ج2، منشورات الحلبي الحقوقية، ط1، 2008، ص 428، حيث تقول: « ولا يعود للقاضي بصورة مبدئية أن يقدر مصلحة الفرد نيابة عنه كما ليس لدائنه طلب الإبطال الا بطريق الدعوى غير المباشرة. وطالما أن المبادئ التي ترعى البطلان النسبي لا تتعلق بالنظام العام أو الآداب العامة امتنع على القاضي الاستعانة بها لإبطال عقد لم يطلب إبطاله ».

3 – ابن نجيم، البحر الرائق، المرجع السابق، ج 5، ص165؛ محمد سعيد جعفور، نظرات في صحة العقد وبطلانه، المرجع السابق، ص140؛ محمد جبر الألفي، الفضالة، المرجع السابق، ص88.

4 – وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع سابق، ص171؛ مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص544.

تؤيد وتؤكد ما أنتجه العقد من آثار سابقة منذ وقت التعاقد، أي فإن أثر الإجازة في العقد ينصرف إلى المستقبل، ويزول الحق في طلب الإبطال منذ صدورها دون أن يكون لها أي أثر بالنسبة إلى ما رتبه العقد المجاز من آثار في الفترة الواقعة بين إنشائه وإجازته وهو الأمر الذي تقتضيه طبيعة العقد القابل للإبطال[1]. كما أنه يثبت لصاحب الشأن في العقد الموقوف خيار الفسخ أو الإجازة عند توافر شروطها بالإرادة المنفردة، بينما في العقد القابل للإبطال فالعقد لا ينقضي إلا بالتراضي أو التقاضي وهو يتم بأثر رجعي[2].

ج- من حيث التقادم: يسقط الحق في طلب إبطال العقد القابل للإبطال بمضي مدة 05 سنوات، طبقا لما نصت عليه المادة 101 من التقنين المدني الجزائري التي تقضي بما يأتي: « يسقط الحق في إبطال العقد إذا لم يتمسك به صاحبه خلال خمس (05) سنوات.

ويبدأ سريان هذه المدة في حالة نقص الأهلية من اليوم الذي يزول فيه هذا السبب، وفي حالة الغلط والتدليس من اليوم الذي ينكشف فيه. وفي حالة الإكراه من يوم انقطاعه، غير أنه لا يجوز التمسك بحق الإبطال لغلط أو تدليس أو إكراه إذا انقضت عشر سنوات من وقت تمام العقد ». فإذا انقضت المدد المذكورة في النص دون استعمال الحق في الإبطال أو رفض الإجازة فقد زالت بذور فنائه، وعندئذ يتحصن العقد نهائيا ولا تسمع دعوى الإبطال بعده[3].

أما العقد الموقوف فهو إذا لم يجز أو لم تنقض مدة التقادم يبقى غير نافذ. وهذا الموقف من شأنه أن يؤدي إلى عرقلة استقرار المعاملات. ولذا يرى فقهاء المالكية أن سكوت المالك الحاضر في مجلس العقد الذي يباع ملكه يجعل العقد مجازا من طرفه، وكذلك إذا بيع ملكه وبلغه الخبر وسكت عاما من وقت علمه، اعتبر سكوته إجازة ونفذ العقد من وقت إنشائه[4].

---

1 – عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق، ج 4، المرجع السابق، ص127؛ عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق، ص48؛ محمد سعيد جعفور، إجازة العقد، المرجع السابق، ص266؛ ياسين محمد الجبوري، المرجع السابق، ص 78.

2 – عبد المنعم فرج الصدة، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، ج 1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1974، ص140؛ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج 1، المرجع السابق، ص531.

3 – عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق، ج 4، المرجع السابق، ص ص119 – 120؛ إسماعيل غانم، المصادر، المرجع السابق، ص290؛ عبد المنعم البدراوي، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، ج 1، 1971، ص256.

4 – عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق، ج 4، المرجع السابق، ص194؛ ياسين محمد الجبوري، المرجع السابق، ص59. وسنعود إلى هذا الموضوع بشيء من التفصيل في الفصل الثاني من هذا الباب.

د- من حيث نطاق كل من العقدين: العقد الموقوف أوسع نطاقا من العقد القابل للإبطال[1]: فالعقد الموقوف يشمل تصرفات ناقص الأهلية الدائرة بين النفع والضرر، وكذلك التصرفات التي تتخلف فيها الولاية في المعقود عليه، سواء كان التخلف بسبب انعدام الولاية أصلا على المعقود عليه كما في بيع الفضولي لمال غيره أم بسبب تعلق حق الغير على المعقود عليه كما في بيع المرتهن للشيء المرهون رهنا حيازيا. أما العقد القابل للإبطال فيتمثل نطاقه فقط في حالتي نقص الأهلية وعيوب الإرادة وكذا الحالات التي نص عليها القانون على أنها قابلة للإبطال كبيع ملك الغير[2].

وتجدر الإشارة، في معرض هذه المقارنة، إلى أن الحكمة من تقرير قابلية العقد للإبطال أو تقرير وقف التصرفات هي حماية خاصة كما يراها المشرع. بيد أن الوقف يحقق هذه الحماية أكثر مما تحققها قابلية العقد للإبطال، لأن الوقف، من جهة، يسد باب الضرر الناتج من جراء نفاذ العقد، ولأنه، من جهة ثانية، يسمح بالتريث في نفاذ العقد والتفكير فيه، فهو، من جهة ثالثة، يفتح باب النفع بإتاحة فسحة للإجازة أو الرفض؛ في حين أن العقد القابل للإبطال يفتح باب الضرر للأشخاص التي خولتهم هذا الحق، ثم يتيح لهم القانون ما يشبه العلاج وهو تقرير الحق في الإبطال وسريان البطلان بأثر رجعي، على عكس العقد الموقوف. وعليه، نرى أن فكرة الوقف أولى بالاتباع من فكرة القابلية للإبطال.

الفرع الثاني

العقد الموقوف والعقد غير الساري

يقصد بالعقد غير الساري، أو غير النافذ، في فقه القانون العقد الذي يكون صحيحا منتجا لكافة آثاره بين المتعاقدين ولكنه لا يحتج به على الغير لأسباب بينها القانون[3].

---

1 – عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص ص393 – 394؛ عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، ص518.

2 –عبد المنعم البدراوي، المرجع السابق، ص350؛ أنور سلطان، المرجع السابق، ص177؛
MARTY et RAYNAUD, Droit civil, T.2, Les Obligations, 1962, p.183.

3 – محمد أمين إبراهيم حسن التندي، نظرية البطلان في الشريعة الإسلامية والقانون المدني، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1981؛ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج 1، المرجع السابق، ص488؛ إسماعيل غانم، المرجع السابق، ص278؛ وفي الفقه الفرنسي:
MAZEAUD (HENRI, LEON ET JEAN.): Leçons de Droit Civil, par Michel de juglard, Les Obligations, T.2, 4éd.1969, p.245 ;
PHILIPPE MALAURIE, LAURENT AYNES, Droit Civil, Les Obligations, 3ème éd., Defrenois, Paris, 2007, p.348.(la nullité relative a pour raison d'être de proteger un interet=

ويتحقق عدم السريان في حالات عديدة، أهمها:

أ- دعوى عدم نفاذ التصرفات، المعروفة بالدعوى البولصية: التي نظمها التقنين المدني الجزائري في المادة 191 وما بعدها، والتي يستعملها الدائن في الطعن في تصرفات مدينه لما يقصد الإضرار به والإضعاف من الضمان العام. فإذا استعمل الدائن حقه في الطعن فإنه يجعل هذا التصرف غير نافذ في حقه[1]، وبالتالي لا يتأثر به الضمان العام. ويبقى الاحتجاج قائما إلى أن يقره الغير، فإذا أقره أصبح العقد نافذا بحقه.

ب- البيع الصادر من المريض مرض الموت: الذي نصت المادة 408 من التقنين المدني الجزائري على عدم سريانه إلا إذا أقره باقي الورثة. فالعقد الذي يبرمه المريض مرض الموت حجة على المتعاقدين، لكنه لا يسري في حق الورثة إلا إذا صدر منهم الإقرار بذلك.

ج- العقد الذي يبرمه المدين المعسر إضرارا بحق دائنيه: الذي يعد حجة على المتعاقدين، لكنه لا يسري بحق الدائن الذي طعن فيه بدعوى عدم نفاذ تصرف المدين، فيبقى الاحتجاج بعدم النفاذ قائما إلى أن يقره الغير وهو الدائن.

د- بيع ملك الغير: الذي نصت المادة 397 من التقنين المدني الجزائري على أن جزاءه هو عدم سريان البيع في حق المالك إلا إذا أقره.

ويخلص من ذلك، أن العقد الموقوف يكون صحيحا في ذاته لكنه لا يرتب أثرا بين طرفيه ولا يسري في مواجهة الغير، بينما عدم السريان يقصد به عدم نفاذ آثار العقد في مواجهة الغير مع بقائه منتجا لآثاره فيما طرفيه ولكن للغير أن يتجاهل وجود هذا العقد[2]. والمقصود بالغير هو من يسمى بالخلف الخاص، أي أن عدم السريان يكون في أحوال كان من المفروض أن

=individuel. Les deuxx exemples classique en sont la nullite pour incapacite, qui protege l'incapable, et celle pour vice du consentement, qui protege la victime de l'erreur du dol ou de la violence ;s'y est ajouteé la nullite pour absence de cause).

1 – نبيل ابراهيم سعد، محمد حسين منصور، أحكام الالتزام، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2002، ص124؛ رمضان أبو السعود، أحكام الالتزام، دار الجامعة الجديدة، 2004، ص138؛ ياسين محمد الجبوري، المرجع السابق، ص ص10-11.

2 – عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق، المرجع السابق، ج 4، ص94 وما بعدها.

MAZEAUD, op, cit, p.277 ; BASTIAN, Essai D'une Theorie Generale De L'inopposabilite, Thèse, Paris, 1926, p.4.5 ; MALAURIE, AYNES, op, cit, p.338 : « L'imperfection de l'acte n'affecte pas les relations entre les parties; seuls les tiers peuvent ou certains tiers peuvent l'ignorer ».

يسري التصرف فيها على الخلف، ولكن تدخل الجزاء يحول دون هذا السريان[1].

وعلى ضوء ما تقدم، يتضح أن هناك تقاربا بين فكرة العقد الموقوف وفكرة العقد غير النافذ كما أن هناك تمايزا بين الفكرتين.

أولا – أوجه الشبه:

1- كل من العقد الموقوف والعقد غير الساري عقد منعقد صحيح.

2- كل من العقدين لا يرتب أثرا بالنسبة إلى الغير، إلا بعد اجازته بالنسبة إلى العقد الأول، وبعد إقراره بالنسبة إلى العقد الثاني[2].

ثانيا – أوجه الاختلاف:

1- العقد الموقوف لا يرتب أثرا لا بين المتعاقدين ولا بالنسبة إلى الغير، بينما العقد غير الساري يرتب أثرا بين المتعاقدين حال انعقاده لكن هذه الآثار لا يحتج بها في مواجهة الغير الذي لا تسري في حقه[3].

2- إنّ عدم النفاذ في العقد الموقوف يكون مقررا لمصلحة أحد أطراف التصرف أو لمصلحة الغير في آن واحد، في حين أن عدم سريان التصرف لا يكون مقررا إلا لمصلحة الغير الذي لم يشترك في إبرام العقد. فلا ينفذ في حقه عقد لم يشترك فيه، بالرغم من أن التصرف موضوع العقد قد يهمه.

3- إنّ أسباب عدم السريان تختلف عن أسباب النفاذ في العقد الموقوف: فأسباب العقد الموقوف قد تكون نقص الأهلية أو عيب من عيوب الإرادة أو تعلق حق الغير بمحل التصرف أو ما يقضي به القانون في نصوص خاصة كما هوالحال في بيع ملك الغير، بينما أسباب عدم السريان تكون في إغفال إجراءات الشهر أوعدم ثبوت التاريخ[4].

---

1 – توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص196؛ ويقول محمد حبار، المرجع السابق، ص306: « إن التصرف يعتبر غير سار أو غير نافذ في حق الغير متى كانت آثاره غير ممكنة التحقيق بالنسبة إلى الغير على الرغم من أن التصرف يعتبر صحيحا حين إنشائه ».

2 – عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، مصادر الالتزام، ج 1، المرجع السابق، ص 488؛ جميل الشرقاوي، نظرية بطلان التصرف القانوني في القانون المدني المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1984، ص ص141-142.

3 – محمد سعيد جعفور، نظرات في صحة العقد وبطلانه، المرجع السابق، ص51، هامش 40؛ ياسين محمد الجبوري، المرجع السابق، ص 12.

IBRAHIM EL DESSOUKi, Op Cit, p.5 : « Le contrat non exécutoire (non opposable) est l'acte qui dépend de la confirmation d'un tiers, de même le contrat simulé est valide entre les parties contractantes et n'est pas exécutable vis a vis du tiers » ; Chafik CHEHATA, Op, Cit, p.05.

4 – MALAURIE, AYNES , Op Cit, p.338 : « L'inopposabilité affecte un acte régulier qui porte un préjudice illégitime à un tiers par exemple parce qu'il n'a pas été publié… »

4- إن أساس عدم إنتاج العقد الموقوف أثره يرجع إلى تخلف شرط النفاذ في العقود، بينما أساس العقد الغير ساري في عدم النفاذ يرجع إلى حكمة تشريعية الهدف منها حماية مصالح الغير.

5- إن أثر عدم السريان يزول إذا أقره من خوله القانون الحق في التمسك به، بينما أثر الوقف في العقد الموقوف يزول بالإجازة التي تجعل العقد ينتج آثاره أو بمدة التقادم.

المطلب الثالث

مقارنة العقد الموقوف بالعقد المنجز والمعلق والمضاف

قسم فقهاء الشريعة الإسلامية العقد من حيث الصيغة التي ينشأ بها: فقد يكون عقدا منجزا أوعقدا معلقا أوعقدا مضافا[1]. وبناء على ذلك، نقسم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع: نخصص لتمييز العقد الموقوف عن التصرف المنجز (الفرع الأول)، ولتمييزه عن العقد المعلق (الفرع الثاني) وتمييزه عن العقد المضاف (الفرع الثالث).

الفرع الأول

العقد الموقوف والعقد المنجز

العقد المنجز هو العقد الذي تكون صيغته منشئة له في الحال ومرتبة لأحكامه وآثاره مباشرة بعد انعقاده. وتكون كذلك إذ كانت الصيغة غير معلقة على شرط، ولا مضافة إلى وقت مستقبل. وصيغة هذا العقد قد تكون مطلقة، كأن يقول البائع للمشتري: "بعتك هذه السيارة بثمن كذا" فيقبل هذا الأخير، وقد تكون الصيغة مقيدة، كأن يقول مشتري السيارة: "قبلت الشراء على أن أسدد لك الثمن بعد شهرين" ويقبل البائع[2].

وقد عرفت المادة 222 من مرشد الحيران العقد المنجز بما يلي: « العقد المنجز ما كان

---

1 – محمد محمود الطنطاوي، "حقيقة التصرف وأقسامه"، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، العدد1، سنة15، 1973، ص40.

2 – محمد حبار، المرجع السابق، ص55؛ علي الخفيف، المرجع السابق، ص89؛

ورد في قرار لمحكمة التمييز الأردنية، رقم 1987/1048، منشور في ص1371 من مجلة المحامين ما يأتي: « تنتقل ملكية العقار ومنافعه إلى المشتري إذا كان عقد البيع وقع مطلقا وغير مقيد بشرط »؛ عيسى عبد القادر المومني، المرجع السابق، ص44.

بصيغة مطلقة غير معلقة على شرط ولا مضافة إلى وقت مستقبل وهذا يقع حكمه في الحال »[1].

وكل التصرفات منجزة تترتب عليها جميع آثارها بمجرد انعقادها، ما عدا الوصية والإيصاء فهما تصرفان مضافان إلى ما بعد الموت فلا ينتجان آثارهما إلا بعد موت الموصي[2].

وبناء على ما سبق، يكمن الفرق بين العقد المنجز وبين العقد الموقوف في أن هذا الأخير لا تترتب آثاره إلا بعد الإجازة ممن يملكها شرعا، كما في حالة نقص الأهلية حيث تكون للولي أو الوصي أو ناقص الأهلية نفسه بعد أن يصبح راشدا، وكما في عقد بيع ملك الغير حيث تكون الإجازة أو الإقرار للمالك، بينما العقد المنجز يرتب آثاره مباشرة بعد انعقاده. وبذلك لا يلتقي العقد الموقوف والعقد المنجز في أي وصف إلا من حيث كونهما عقدين[3].

الفرع الثاني

العقد الموقوف والعقد المعلق

يقتضي الكلام في هذا الفرع أن نتناول أولا المقصود بالعقد المعلق وثانيا الفرق بين العقدين.

أولا – المقصود بالعقد المعلق:

عرّفت المادة 317 من مرشد الحيران العقد المعلق بما يلي: « العقد المعلق هو ما كان معلقا بشرط غير كائن أو بحادثة مستقبلة، والمعلق يتأخر انعقاده سببا إلى وجود الشرط ومنذ وجوده ينعقد سببا مفضيا إلى حكمه »[4].

---

1 – محمد سعيد جعفور، إجازة العقد، المرجع السابق، ص32؛ عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق، ص72؛ محمد حسنين، المرجع السابق، ص ص94–95.

2 – عبد المجيد مطلوب، النظريات العامة في الفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1959، ص ص228 –229؛ محمد وحيد الدين سوار، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالفقه الغربي، جامعة القاهرة، مكتبة النهضة المصرية، القاهرة، 1960، ص100، حيث يقول إن « مثل حالة الوصية أن يوصي شخص بشيء من ماله لآخر بعد وفاته ومثاله في حالة الإيصاء أن يعين شخص حال حياته شخصا ليتولى تدبير شؤون صغاره بعد وفاته »؛ علي الخفيف، أحكام المعاملات الشرعية، المرجع السابق، ص93، وقد جاء فيها: « لأن كليهما لا يفيد أثره إلا بعد الموت فلا يمكن بحال أن تتصل أحكامه بصيغته مثل أن يقول: « جعلتك وصيا على أولادي فلا يصير الموصى إليه وصيا على الأولاد إلا بعد موت الموصي وأن لم يجيء ذكر ذلك في الإيجاب ».

3 – تنص المادة 184 من تقنين الأسرة الجزائري على أن: « الوصية تصرف مضاف إلى ما بعد الموت ».

4 – تقابل المادة 395 من التقنين المدني الأردني التي تقضي بأن: « التصرف المعلق هو ما كان مقيدا بشرط غير قائم أو بواقعة مستقبله ويتراخى أثره حتى يتحقق الشرط وعندئذ ينعقد سببا مفضيا إلى حكمه »، والمادة 420 من تقنين المعاملات الإماراتي.

إنّ التصرف المعلق، إذن، هو ما كان وجوده معلقا على شرط غير قائم أو واقعة مستقبلة، وهو تتراخى آثاره إلى غاية تحقق الشرط، وعندئذ ينعقد سببا مفضيا إلى حكمه، كما لو قال شخص لآخر: "إن أقرضك البنك مبلغا من المال ضمنتك وكفلتك في السداد". فعقد الكفالة معلق على حدوث القرض، فلا كفالة إلا إذا تحقق الشرط وهو الإقراض. وقد يستحيل وجوده بسبب عدم تحقق الشرط المعلق عليه[1]. وبعبارة أخرى، إن العقد المعلق عقد غير موجود عند التعليق وإنما يتوقف وجوده على الشرط المعلق عليه، فإذا تحقق الشرط انعقد وترتب عليه أثره من وقت تحقق الشرط وليس من وقت التعليق، إذ ليس له أثر رجعي.

وتتمثل شروط هذا العقد فيما يأتي:

1- أن يكون الشيء المعلق عليه العقد أمرا مستقبلا، أي غير موجود وقت التعليق.

2- أن يكون هذا الأمر ممكن الوجود في المستقبل سواء تحقق أو لا. أما إذا كان مستحيلا وجوده في المستقبل فإن العقد لا ينعقد.

وينطبق مفهوم العقد المعلق في الفقه الإسلامي على الالتزام المعلق على شرط واقف في فقه القانون المدني[2]، لأن كلا من العقد المعلق والالتزام المعلق على شرط واقف لا يتحقق ولا ينتج أثرا إلا عند تحقق الشرط، أما قبله فلا وجود له[3].

وقد عرفت المادة 203 من التقنين المدني الجزائري الالتزام المعلق إذ قضت بأن:

« يكون الالتزام معلقا إذا كان وجوده أو زواله مترتبا على أمر مستقبل وممكن وقوعه »[4].

وبالنسبة إلى حكم العقد المعلق على شرط، تنص المادة 206 من التقنين المدني

---

1 – أحمد فراج حسين، المرجع السابق، ص284؛ عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق، ص74؛ محمد نجيب عوضين المغربي، المرجع السابق، ص146.

2 – محمد جبر الألفي، الفضالة، المرجع السابق، ص65، حيث علق على رأي المستشرق "**فان دي بارج**" الذي ترجم منهاج الطالبين للنووي إلى اللغة الفرنسية، مترجما مصطلح "**العقد الموقوف**" بعبارة " **vente conditionnelle**" أي البيع بشرط، وهذا ما جعل بعض الفقه يخلط بين الالتزام المعلق على شرط وبين العقد الموقوف.

3 – خليل أحمد حسن قدادة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، ط 2،ج 2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1992، ص118.

4 – تقابل المادة 265 من التقنين المدني المصري والمادة 420 من تقنين المعاملات الإماراتي والمادة 265 من التقنين المدني السوري والمادة 1186 من التقنين المدني الفرنسي والمادة 81 من قانون موجبات والعقود اللبناني.

الجزائري على أنه: « إذا كان الالتزام معلقا على شرط واقف، فلا يكون نافذا إلا إذا تحقق الشرط. أما قبل تحقق الشرط، فلا يكون الالتزام قابلا للتنفيذ الجبري، ولا للتنفيذ الاختياري، على أنه يجوز للدائن أن يتخذ من الإجراءات ما يحافظ به على حقه »[1].

إن العقد المعلق على شرط واقف لا تترتب عليه أحكام نفاذه في الحال لكون الشرط الذي علق عليه التصرف يمنع من انعقاده سببا لحكمه وترتيب آثاره في الحال، وعليه لا يجوز للدائن أن يتخذ أية إجراءات تنفيذية ضد المدين كمطالبته بتنفيذ الالتزام[2]. أما إذا تحقق الشرط الواقف، فقد انتهت مدة التعليق ومنه وجد الالتزام وانعقد التصرف سببا لحكمه ويرتب آثاره في الحال أي من وقت ثبوت الشرط دون أن يكون له أثر رجعي يعود إلى وقت انعقاده. وهذا ما قضت به المادة 400 من التقنين المدني الأردني[3]، أما الفقرة الأولى من المادة 208 من التقنين المدني الجزائري، التي تقابل المادة 270 من نظيره المصري، فتنص على أنه: « إذا تحقق الشرط يرجع أثره إلى اليوم الذي نشأ فيه الالتزام إلا إذا تبين من إرادة المتعاقدين أو من طبيعة العقد أن وجود الالتزام أو زواله إنما يكون في الوقت الذي تحقق فيه الشرط ». ويلاحظ من النص الجزائري والمصري أن المشرع رتب على تحقق الشرط الواقف وجود الالتزام، فإذا تحقق الشرط أنتج العقد أثره بأثر رجعي، أي منذ وقت انعقاده[4]، باستثناء الحالات المذكورة في النص التي تخرج من حكم الأثر الرجعي[5].

---

1 – تقابلها المادة 393 من التقنين المدني الأردني، والمادة 425 من التقنين المدني المصري.

2 – تنص 398 من التقنين المدني الأردني على أنه: « لا ينفذ التصرف المعلق على شرط غير مناف للعقد إلا إذا تحقق الشرط »؛ وهو المعنى نفسه الذي أوردته المادة 425 من تقنين المعاملات المدنية الإماراتي؛ ويلاحظ أن المشرع الأردني لم يستعمل مصطلحي **الشرط الواقف والشرط الفاسخ** المستخدمان في القوانين اللاتينية وإنما استعمل بدلهما مصطلح **الشرط الذي يعلق عليه وجود الالتزام والشرط الذي يترتب على تحققه زوال الالتزام**، وذلك على الرغم من أن مضمون المصطلحين في كل من النظامين واحد؛ عبد القادر المومني، المرجع السابق، ص46.

3 – تقابلها المادة 427 من تقنين المعاملات الإماراتي مع اختلاف في الألفاظ.

4 – خليل أحمد حسن قدادة، المرجع السابق، ص118.

5 – عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام: الاوصاف، الحوالة، الانقضاء، دار احياء التراث العربي، 1958، ج3، ص73؛ والحالات التي تستخلص من المادة 208 من تقنيننا المدني هي: « أ– إذا تبين من إرادة المتعاقدين أنهما يستبعدان الأثر الرجعي.

ب– إذا تبين من طبيعة العقد أنه لا يمكن الرجوع فيه بأثر رجعي، كما هي الحال في العقود الزمنية كعقد الإيجار.

ج– إذا أصبح تنفيذ الالتزام غير ممكن لسبب أجنبي لا يد للمدين فيه قبل أن يتحقق الشرط فإن تبعية الهلاك تقع على البائع ».

أما التصرف المعلق على شرط فاسخ، فحكمه أنه إذا تحقق الشرط أدى إلى زوال الالتزام واعتباره كأن لم يكن. وتنص المادة 207 من التقنين المدني الجزائري على أن: « يزول الالتزام إذا تحقق الشرط الفاسخ، ويكون الدائن ملزما برد ما أخذه، فإذا استحال الرد لسبب هو مسئول عنه وجب عليه تعويض الضرر ».

فالتصرف المعلق بنوعيه الواقف والفاسخ له أثر يستند إلى وقت صدوره، غير أن أعمال الإدارة التي تصدر من الدائن تبقى نافذة رغم تحقق الشرط.

والفرق بينه وبين العقد الموقوف أن العقد الموقوف لا يرتب أثرا في الحال إلا بالإجازة على عكس العقد المعلق على شرط فاسخ الذي يرتب آثاره بمجرد انعقاده.

ثانيا – الفرق بين العقد الموقوف والعقد المعلق:

1–وجه الشبه:

يتضح، مما سبق، أن كلا من العقد الموقوف والعقد المعلق، سواء في الفقه الإسلامي أو في القانون المدني، لا ينتج أثرا حال تطابق الإرادتين، بل يتراخى ترتيب أثر العقد المعلق إلى وقت تحقق الشرط، ويتراخى أثر العقد الموقوف إلى حين صدور الإجازة[1].

2–أوجه الاختلاف:

أ– العقد الموقوف إذا أجيز نفذ مستندا إلى وقت صدوره، واعتبرت الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة، في حين أن التصرف المعلق على شرط واقف في الفقه الإسلامي يرتب أثره عند تحقق الشرط دون أن ينسحب إلى وقت التعاقد، وإنما يكون مقتصرا تحققه من وقت تحقق الأمر المعلق عليه[2]، غير أن الالتزام المعلق على شرط واقف، المعروف في القانون المدني، يستند تحققه بأثر رجعي.

ب– العقد الموقوف منعقد في الحال علة لحكمه إلا أنه لا ينفذ لعدم إتمام العلة، أما التصرف المعلق على شرط في مرحلة التعليق فلا ينعقد سببا لحكمه في الحال لأن الشرط يمنع من انعقاده لهذا السبب[3].

---

1 – أحمد فراج حسين، المرجع السابق، ص284؛ IBRAHIM ELDESSOUKI, Op Cit., p.09

2 – وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، ص 248؛ عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق، ص 76، حيث يقول إنه: « ... إذا كان التصرف الموقوف يستند حكمه إلى وقت إجرائه فوجب استبعاد التصرفات التي تقبل التعليق كالطلاق فإن أحكام هذه التصرفات وإن ثبتت بالإجازة فإنها لا تستند إلى وقت إجرائها وإنما تقتصر على حدوث الإجازة ».

3 – أحمد فراج حسين، المرجع السابق، ص285.

ج– العقد الموقوف مكتمل وجوده منذ انعقاده غير أنه لا يرتب آثاره في الحال، وإنما تتراخى إلى أن تلحقه الإجازة ممن يملك مباشرتها، بخلاف التصرف المعلق على شرط فهو التزام غير مكتمل وجوده إلى أن يتحقق الشرط المعلق عليه[1]، فإذا تحقق فقد وجد الالتزام وإذا تخلف فلا.

الفرع الثالث

العقد الموقوف والعقد المضاف

أولا – المقصود بالعقد المضاف:

تدل صيغة العقد المضاف على إنشائه في الحال مع إضافة أحكامه إلى زمن مستقبل[2]. ولم يقصد بالعقد الوصول إلى حكمه إلا في الزمن الذي أضيف إليه مستقبلا. فهو عقد منعقد في الحال، لكن أثره، وهو تنفيذه المرتب لالتزامه، لا يبدأ إلا من الزمن المستقبل المتفق عليه[3].

والعقد المضاف قد يكون مطلقا، كأن يقول المستأجر لصاحب المسكن: "استأجرت منك هذا المسكن بأجرة شهرية كذا على أن يبدأ السكن بعد شهرين". فالعقد قد وجد ونشأ ولكن أثره وهو تنفيذه المرتب لالتزاماته لا يبدأ إلا من الزمن المستقبل المتفق عليه. فلا يطالب المستأجر بالأجر قبل الزمن المتفق عليه ولا يطالب المؤجر بتسليم العين قبل الموعد.

والعقود التي تقبل الإضافة هي العقود التي يكون الزمن محل اعتبار فيها، كعقد الإيجار وعقد العمل وغيرها وما يطلق عليها الفقهاء **عقود المنافع**، وهي أيضا العقود التي لا تنتج أثرها في الحال، كالكفالة والحوالة لأنه يمكن التحكم في الوقت الذي ترتب فيه هذه الحقوق آثارها في الوقت الذي يرضاه العاقدان، والعقود التي من طبيعتها عدم تنفيذها في الحال كالوصية والإيصاء[4].

وقد يكون عقدا مقترنا بشرط كأن يقول المؤجر للمستأجر: "أجرتك المزرعة لمدة ثلاث سنوات بكذا ابتداء من العام المقبل بشرط أن تدفع لي نصف الأجرة عند ابتداء المدة"، ويقبل الآخر.

---

1 – رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص210 وما بعدها؛ عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق، ص79.

2 – أحمد إبراهيم إبراهيم، المرجع السابق، ص672؛ أحمد فرج حسين، المرجع السابق، ص283.

3 – علي الخفيف، أحكام المعاملات الشرعية، المرجع السابق، ص94؛ محمد سلام مدكور، المرجع السابق، ص623.

4 – محمد نجيب عوضين، المرجع السابق، ص145.

والإضافة في العقد قد تكون صراحة بالنص عليها في الصيغة بتحديد الزمن، وقد تكون ضمنية كما في الوصية والإيصاء التي طبيعتها هي عدم إمكانية تنفيذها في الحال لأنها تصرفات مضافة لما بعد الموت.

ومعظم العقود المنجزة تصح أن تكون مضافة إلى زمن مستقبل، وكذلك العقود التي يعد الزمن محل اعتبار فيها كعقد الإيجار وعقد العمل والتي يطلق عليها عقود المنافع. أما العقود التي لا تقبل الإضافة هي العقود المنجزة التي لا تصح مضافة إلى المستقبل مثل عقد البيع وعقد الهبة، لأنها عقود جعلها المشرع تفيد أثرها في الحال وتأخيرها ينافى أصله ووضعها الشرعي[1].

ثانيا – الفرق بين العقد الموقوف والعقد المضاف:

1- وجه الشبه: يشبه العقد المضاف العقد الموقوف من حيث أنه لا ينتج آثاره بعد انعقاده مباشرة، بل إن الآثار تتراخى إلى حين صدور الإجازة في العقد الموقوف، وإلى حين حلول الأجل في العقد المضاف.

2- أوجه الاختلاف [2]: يختلف العقدان في الآتي:

أ- العقد الموقوف يتأخر ترتب حكمه نتيجة لأمر خارج عنه يتمثل في صدور التعبير عن الإجازة، بينما العقد المضاف يتأخر ثبوت حكمه من الصيغة المنشئة للعقد ذاتها.

ب- العقد الموقوف يثبت حكمه بعد إجازته ممن يملكها شرعا بأثر رجعي أي من وقت صدور العقد، بينما لا يثبت حكم العقد قبل الزمن المضاف إليه العقد.

ويلاحظ أن العقد المضاف في الفقه الإسلامي يقابله في فقه القانون الالتزام المضاف لأجل واقف. فالأجل هو وصف يترتب عليه وقف تنفيذ الالتزام حتى تحل واقعة مستقبلة ومحققة الوقوع. والأجل، إذن، لا يقف وجود الالتزام وإنما يقف نفاذ الالتزام[3].

وقد تناول التقنين المدني الجزائري الأجل المضاف في المادة 209 منه التي تنص على الآتي: « يكون الالتزام لأجل إذا كان نفاذه أو انقضاؤه مترتبا على أمر مستقبل محقق الوقوع.

ويعتبر الأمر محقق الوقوع متى كان وقوعه محتملا، ولو لم يعرف الوقت الذي يقع فيه »[4].

---

1 – أحمد فراج حسين، المرجع السابق، ص289.

2 – محمد سلام مدكور، المرجع السابق، ص612؛ عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق، ص72.

3 – نبيل إبراهيم سعد، محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص239.

4 – تقابل المادة 271 من التقنين المدني المصري، والمادة 100 من قانون الموجبات والعقود اللبناني التي تنص على أن « الموجبات يمكن تقييدها بأجل والأجل أمر عارض مستقبل مؤكد الحدوث من شأنه أن يوقف استحقاق الموجب أو سقوطه ولا يكون له مفعول رجعي ».

ويشبه الالتزام المضاف لأجل واقف العقد الموقوف في أن الواقف لا ينتج الالتزام فيه أثرا إلا بعد حلول الأجل[1]، كما أن العقد الموقوف لا ينتج أثرا إلا بعد ورود الإجازة عليه.

ويختلف عن العقد الموقوف في أن الالتزام المضاف لأجل واقف إذا تحقق الأجل أدى إلى نفاذ الالتزام وترتبت آثاره دون أن يكون له أثر رجعي، بينما العقد الموقوف إذا وردت الإجازة عليه رتب أثره بأثر رجعي، أي منذ انعقاد العقد.

نخلص، مما سبق، إلى أن العقد المنجز هو العقد الذي خلت صيغته من التعليق والإضافة وهو عقد منتج لأثره وقت انعقاده، أما العقد المعلق فهو عقد غير موجود عند التعليق وإنما يتوقف وجوده على تحقق الشرط المعلق عليه، بينما العقد المضاف فهو عقد قام صحيحا لكن يتأخر حكمه وأثره إلى الزمن المستقبل. إن العقد المضاف هو عقد صحيح منعقد من حين التكلم بالصيغة لا ينقصه إلا إنتاج أثره، بينما المعلق غير موجود عند التكلم بالصيغة، فإذا لم يتحقق الشرط المعلق عليه يصبح باطلا[2].

المطلب الرابع

العقد الموقوف ونظرية الخيارات

الخيارات **في اللغة** جمع ومفرده الخيار، ومعناه في اللغة التفويض أو خير الأمرين[3] إما بإمضاء العقد أو بفسخه، فيقال: "خيرته بين الشيئين". أما عند **الفقهاء** فيراد به أن يكون لأحد العاقدين، أو كليهما الحق في إمضاء العقد أو فسخه.

إن الإنسان قد يقدم على إمضاء العقد من دون رؤية محله، أو يقبل على إبرامه من غير أن يكون له خبرة فيه، أو قد يكون الطرف الآخر قد أغراه ليقدم على إمضاء

---

1 – خليل احمد حسن قدادة، المرجع السابق، ص141؛

وتنص المادة 212 من تقنيننا المدني على أنه: « إذا كان الالتزام مقترنا بأجل واقف، فإنه لا يكون نافذا إلا في الوقت الذي ينقضي فيه الأجل... ».

2 – أحمد فراج حسين، المرجع السابق، ص285؛ محمد نجيب العوضين المغربي، المرجع السابق، ص147؛ مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص583.

3 – في التعريف اللغوي للخيار انظر: محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص384؛ بدران أبو العينين بدران، الشريعة الإسلامية، تاريخها ونظرية الملكية والعقود، القاهرة، 1986، ص525؛ الكاساني، المرجع السابق، ج 5، ص297؛ وقد عرفته المادة 42 من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام الشافعي الذي أعد من طرف مجمع البحوث الإسلامية بمصر، 1972، ص178 بما يلي: « الخيار هو خير الأمرين من إمضاء العقد أو فسخه ».

العقد بأوصاف لم يوجد فيه الخ...

وقد شرعت الخيارات لتكون وسيلة إلى كمال الرضا والتأكد من سلامته، ولذا شرعت في أحوال خاصة تدعو العاقدين أو أحدهما إلى التروي والبحث والتحري[1]، قصد ضمان رضا المتعاقدين والتأكد من وجوده ومن العقد، فيحقق رغبة المتعاقد ومصلحته، وذلك بأن يوازن بين ما يعود عليه من جراء العقد من وجه النفع والضرر موازنة تكون على بينة من حقيقتها[2]. وإن كان الأصل أن العقد متى انعقد مستوفيا لأركانه وشروطه نفذ ولزم، ولا يسمح لأحد بنقضه ورده، ضمانا لاستقرار المعاملات بين الناس وحسما للخلافات والنزاعات، فالأصل أنه « إذا حصل الإيجاب والقبول لزم البيع ولا خيار لواحد منهما (أي البائع والمشتري) من عيب وعدم الرؤية »[3].

وهذا ما تبناه المشرع الجزائري في المادة 106 من التقنين المدني التي تنص على أن: « العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقررها القانون ». غير أن إعمال هذا الأصل على إطلاقه قد يوقع المتعاقد في ضرر أو يلحق به ضيقا لما يجد المحل معيبا أو يكون في تصرفه غبن، فشرع هذا الخيار للتأكد والاستيثاق من رضا المتعاقدين في إمضاء العقد صحيحا واستشارة أهل الخبرة فيما أبرمه من عقود[4].

والخيار لا يرد إلا على العقود اللازمة التي تحتمل الفسخ، كالبيع والإيجار والرهن وغيرها فيسلبها اللزوم، ويمنح للمتعاقد حق الإجازة أو الفسخ. أما العقود غير اللازمة بطبيعتها كالوصية والعارية والوكالة والوديعة، فيكون لكلا الطرفين في العقد فسخها دون اشتراط الخيار[5]، وكذلك العقود اللازمة التي لا تحتمل الفسخ كالزواج والطلاق والإقرار ونحوها فلا تشمل الخيار لتعذر فسخها.

إنّ الخيار هو وصف يلحق التصرف فيجعل العقد غير لازم لمصلحة العاقد، بحيث يكون له أن يجيزه أو أن يفسخه، فهو يعطي المتعاقد إمكانية التحلل من العقد[6]. أما اللزوم

---

1 – علي الخفيف، المرجع السابق، ص141.

2 – فتح القدير، شرح الهداية، ج 3، ص22، حيث ورد ما يلي: « شرعت للحاجة إلى التروي ليندفع الغبن »؛ أحمد فراج حسين، المرجع السابق، ص303؛ محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص808.

3 – الكمال بن الهمام، فتح القدير شرح الهداية، ج 5، ص87.

4 – محمد سعيد جعفور، الخيارات العقدية في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص8.

5 – محمد سلام مدكور، المرجع السابق، ص670؛ علي الخفيف، المرجع السابق، ص141؛ ياسين محمد الجبوري، المرجع السابق، ص314.

6 – عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق، ج 4، المرجع السابق، ص207؛ محمد بن إسماعيل الغشم، المرجع السابق، ص104.

فهو أن لا يستطيع أحد الطرفين، بعد انعقاد العقد، أن يتحلل منه ما لم يتفق الطرفان على الإقالة، لأن العقد رابطة تقيد المتعاقدين فلا تستطيع إرادة أحد المتعاقدين أن تنقض العقد أو تعدله[1]. ويعبر عن اللزوم في لغة القانون بالقوة الملزمة للعقد.

ويعرف العقد غير اللازم بالعقد الذي توفرت فيه شروط الانعقاد والصحة والنفاذ لكن تخلفت فيه شروط اللزوم، وهي العقود التي تقتضي طبيعتها أن يتحلل منها أحد أطرافها بإرادته المنفردة، كما سبق ذكره، والعقود الخالية من الخيارات.

وقد نصت المادة 115 من مجلة الأحكام العدلية على أن « البيع غير اللازم هو البيع النافذ الذي فيه أحد الخيارات ». كما تناول القانون المدني الأردني خيار الشرط في المواد (177–183)، وخيار الرؤية في المواد (184–188) وخيار العيب في المواد (193–198).

وقد أوصل فقهاء الحنفية الخيارات إلى سبعة عشرة خيارا[2]. سنتناول ما ورد بها نص خاص، كخيار الشرط وخيار العيب وخيار الرؤية وخيار التعيين.

إن العقد الموقوف تجمعه بالعقد المشوب بالخيارات بعض الصفات، لكنه يختلف عنه في بعض الصفات الأخرى، لذلك نتناول أوجه الشبه والاختلاف بين العقد الموقوف وكل من هذه الخيارات في الفروع التالية.

الفرع الأول

العقد الموقوف وخيار الشرط

نتناول في هذا الفرع المقصود بخيار الشرط ثم ثبوت خيار الشرط ومدته وحكمه ونتعرض كذلك لأوجه الشبه والاختلاف بين العقد الموقوف وخيار الشرط.

أولا – المقصود بخيار الشرط:

يقصد بالشرط الخيار الذي يشترطه أحد المتعاقدين أو كلاهما لنفسه أو لأجنبي في فسخ العقد أو إجازته خلال مدة معينة، فإذا لم ينقضه خلال هذه المدة ثبت العقد[3]. وهذا الشرط يكون أثناء التعاقد مصاحبا للعقد، فلا يصح أن يكون قبل العقد، ولكن يصح أن يلحق العقد

1 – طبقا للآية الكريمة ﴿ **يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ...** ﴾، سورة المائدة، الآية 1.

2 – محمد سلام مدكور، المرجع السابق، ص671.

3 – إبراهيم الدسوقي أبو الليل، العقد غير اللازم، دراسة مقارنة معمقة في الشريعة الاسلامية والقوانين الوضعية، جامعة الكويت، 1994، ص63؛ ياسين الجبوري، المرجع السابق، ص318؛ عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق، ج 4، المرجع السابق، ص199؛ محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص390.

ولو بفترة طالت أو قصرت. وقد قضت المادة 301 من مجلة الأحكام العدلية في هذا المعنى بما يلي: « كل من شرط له الخيار في البيع يصير مخيرا بفسخ البيع أو إجازته في المدة المعينة للخيار »، ونصت المادة 305 منها على أنه: « إذا مضت مدة الخيار ولم يفسخ من له الخيار لزم البيع وتم ».

إنّ شرط الخيار صحيح رغم مخالفته لمقتضى العقد، كما ورد سالفا، لقول الرسول صلى الله عليه وسلم لأحد الأنصار[1] الذي كان يغبن في بعض المبايعات: « إذا **بايعت فقل لا خلابة، ولي الخيار ثلاثة أيام** » أي لا خداع.

وخيار الشرط يدخل على العقود التي تقبل الفسخ باتفاق المتعاقدين كالبيع والإيجار والوصية وغيرها ولا يدخل في الوكالة والهبة بدون عوض ولا في الطلاق، أي العقود غير اللازمة[2].

ثانيا – لمن يثبت خيار الشرط ومدته وحكمه:

1-لمن يثبت خيار الشرط:

يثبت خيار الشرط لمن اشترط له من المتعاقدين أحدهما أو كلاهما لنفسه أو لغيره، وإن اشترطه للغير فهو اشتراط لنفسه، إذ يجعل غيره وكيلا عنه، ولذا لم يسقط حق العاقد نفسه في الخيار. وخالف ذلك الفقيه **زُفَر** معللا قوله بأن خيار الشرط من حقوق العقد وإن اشترطه المتعاقدان للغير فهو مفسد للعقد لأن هذا الشرط يتعلق بانفساخ العقد وإبرامه، وعليه ينبغي أن لا يكون ذلك بفعل الغير.

2-مدة خيار الشرط:

حددت مدة خيار الشرط بثلاث أيام، حسب حديث الرسول صلى الله عليه وسلم لأحد الأنصار كما سلف ذكره. وعليه، يجوز اشتراطه بأقل من ثلاثة أيام باتفاق الفقهاء.

أما إذا اشترط أكثر من ذلك، فإن **أبا حنيفة وزفر والشافعي** لا يجيزونه ويرون العقد فاسدا، لأن الأصل هو فساد العقد الذي به خيار الشرط ولأنه يناقض مقتضى العقد، لذلك

1 – هو حبان بن منقذ الأنصاري، وكان قد أصيب بضربة سيف أصابت رأسه فثقل بذلك نطقه وضعف إدراكه وتمييزه وأصبح يغبن في عقوده لذلك، وروي الحديث برواية أخرى « إذا بايعت فقل لا خلابة ثم أنت بالخيار في كل سلعة ابتعتها ثلاث ليالي »؛ إبن نجيم، البحر الرائق، ج 6، المرجع السابق، ص3.

2 – الكاساني، بدائع الصنائع، ج 5، المرجع السابق، ص671؛ السرخسي، المبسوط، ج 3، المرجع السابق، ص341؛ والمغني لابن قدامة، ج 3، المرجع السابق، ص579.

يقتصر على ما ورد به النص وهو ثلاثة أيام. أما إذا حدد المتعاقدان المدة بأربعة أيام وأجاز من له الخيار العقد قبل نهاية اليوم الثالث، فيرى **أبو حنيفة** أن العقد يبقى صحيحا لارتفاع المفسد قبل تقريره، ويرى **زُفر** أن العقد نشأ فاسدا من الأصل، فلا ينقلب جائزا[1]، بينما يجيزه **الصاحبان وابن حنبل** بأي مدة يتراضيان عليها ما دامت معلومة محددة، لأن الاختيار والاستشارة تقتضي وقتا أكثر من ثلاثة أيام. أما **الإمام مالك** فقد اعتبر الفاصل ثلاثة أيام ولكن ينظر في ملاءمة المدة مع المعقود عليه.

3- حكم العقد في مدة خيار الشرط:

إنّ الفقهاء جميعا متفقون على أن حكم العقد في مدة الخيار يتخلف فقط بالنسبة إلى من اشترط الخيار له، لأن العقد اللازم يصبح غير لازم بالنسبة إلى من له خيار الشرط ولازم بالنسبة إلى العاقد الآخر. ولصاحب الخيار أن يختار بين أن يفسخ العقد أو أن يمضيه أي يجيزه، ويكون ذلك ممن له الخيار في المدة المشروطة بأي لفظ دال على المراد أو أي تصرف منه يدل على ذلك[2].

وحكم العقد المشتمل على خيار الشرط، أن الخيار يحول دون نفاذ العقد وترتيب آثاره لمن شرط له الفسخ أو الإمضاء، لأن الخيار دخل على العلة التي تكون قد تمت فجعل العقد موقوف الحكم أي منعته من ابتداء ترتيب آثاره[3].

فإذا استعمل من له الخيار حقه في الفسخ انفسخ العقد من غير أن يتوقف على رضا الطرف الآخر، أما إذا اختار الإمضاء أصبح العقد لازما بالنسبة إليه وترتبت عليه آثاره

---

1 – يرون أن المدة التي جاءت في الحديث كانت خاصة بالشخص المخاطب نفسه، لكفايتها بالنسبة إلى عقوده؛ الكاساني، بدائع الصنائع، ج 5، المرجع السابق، ص264–264؛ ابن قدامة، المغني، ج 3، المرجع السابق، ص ص571 –572؛ بينما تقضي المادة 703 من مجلة الالتزامات والعقود التونسية بأنه: « على الذي له الخيار أن يصرح بإمضاء البيع أو فسخه في الآجال الآتي بيانها: أ – ففي مدة ثلاثين يوما من تاريخ العقد إذا كان المبيع ربعا أو عقارا ب – وفي خمسة أيام إن كان من المنقولات أو الحيوان الداجن.
وللمتعا قدين أن يشترطا أجلا أقل مما ذكر لا أكثر منه، وإن زاد عليه يحط إلى القدر المبين في الصورتين أعلاه ».

2 – الكاساني، بدائع الصنائع، ج 5، المرجع السابق، ص ص264 –267، ابن قدامة، المغني، ج 3، المرجع السابق، ص571؛ محمد سلام مدكور، المرجع السابق، ص676،
وذلك هو ما نصت عليه المادة 54 من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام الشافعي؛ وكذلك المادة 181ف/1 من التقنين المدني الأردني التي تنص على أن: « يكون الفسخ او الإجازة بكل فعل أو قول يدل على أيهما صراحة أو دلالة ».

3 – عيسى عبد القادر المومني، المرجع السابق، ص52.

مستندة إلى وقت نشوئه[1]. بينما لو كان الخيار للطرفين وسبق أحدهما الآخر في استعمال حقه في الفسخ فينفسخ العقد من دون أن يتوقف على رضا الطرف الآخر ويصبح العقد كأن لم يكن. وإذا اختار أحدهما الإجازة لزمه العقد ولكن يبقى الطرف الآخر على خياره، فإن اختار الفسخ انفسخ العقد بصرف النظر عن الإجازة التي استعملت سابقا وأصبح العقد كأن لم يكن، أما إذا أجازه أصبح العقد نافذا لازما له وترتبت آثاره مستندة إلى وقت انعقاده[2].

فإذا مضت المدة دون اختيار، فإن الخيار يسقط ويتحصن الإمضاء ذلك لأن الأصل في العقد هو أن يكون باتا، والخيار عارض وموضوع للفسخ لا للإجازة[3]، فإن مضت المدة ولم يفسخ لزم العقد. وذلك ما قضت به المادة 305 من مجلة الأحكام العدلية من أنه: « إذا مضت مدة الخيار ولم يفسخ من له الخيار، لزم البيع وتم ». وهو ما نصت عليه أيضا المادة 181 من التقنين المدني الأردني من أنه: « إذا مضت المدة دون اختيار الفسخ أو الإجازة لزم العقد ». وهو كذلك ما ورد بكل من المادة 707 من مجلة الالتزامات والعقود التونسية التي نصت على أنه: « إذا مضت المدة المذكورة من غير أن يختار من له الخيار إمضاء البيع أو حله حمل على أنه رضى بالبيع »، والمادة 231 من التقنين المدني اليمني يلي التي قضت بأن: « أن العقد ينفذ بإجازته في مدة الخيار أو بانقضاء المدة »، والمادة 511 من التقنين المدني العراقي التي ورد بها أنه: « إذا مضت مدة الخيار ولم يفسخ من له الخيار لزم البيع ».

ثالثا – أوجه الشبه والاختلاف بين العقد الموقوف والعقد الذي فيه خيار الشرط:

1- أوجه الشبه:

على ضوء ما تقدم، فإن العقد الموقوف والعقد الذي فيه خيار الشرط يجتمعان في الآتي:

---

1 – عبد الله عبد الله محمد العلفي، أحكام الخيار في القانون المدني اليمني، دراسة مقارنة بالقانون المدني المصري، رسالة دكتوراه في الحقوق، جامعة عين الشمس، كلية الحقوق، 1988، ص305 وما يليها؛ محمد بن إسماعيل الغشم، المرجع السابق، ص109؛ محمد سلام مدكور، المرجع السابق، ص667.

2 – محمد سعيد جعفور، الخيارات العقدية في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص37؛ علي الخفيف، المرجع السابق، ص369؛ ياسين محمد الجبوري، المرجع السابق، ص331.

3 – أشارت إليه المادة 55 من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام مالك بنصها على أنه: « إذا انتهت مدة الخيار ولم يحصل ممن له الخيار إمضاء أو فسخ اعتبر ذلك إمضاء للبيع... »؛ ابن نجيم، المرجع السابق، ج 6، ص24؛ الكاساني، ج 5، المرجع السابق، ص267، حيث يقول: « إذا مضت المدة المشترطة فيما بينهما ولم يرد من له الخيار لزم العقد، وسواء أكان الخيار للبائع أم للمشتري أو لهما معا وحجتهم أن الخيار مؤقت بمدة محدودة وأن الأصل في العقود اللزوم فإذا انقضت مدته ثبت الأصل حيث لا مانع ».

أ- إنّه في كلا العقدين يكون لطرفي العقد حق الاختيار الذي يتمثل إما في فسخ العقد أو إجازته.

ب- إن العقدين لا ينتجان آثارهما حين انعقادهما، بل تتراخى إلى حين ورود الإجازة عليهما من صاحب الشأن، أو إسقاط الخيار في العقد المشتمل على الخيار، فبيع الفضولي مثلا لا تنتقل فيه ملكية المبيع إلى المشتري بمجرد الانعقاد ولا ينتقل الثمن إلى البائع ويبقى على حاله إلى غاية أن تلحقه الإجازة، وهو بذلك يتفق مع العقد المشوب لزومه بخيار الشرط في مرحلة الخيار[1].

ج – إن كلا العقدين يتفقان في فكرة الأثر الرجعي، فإذا لحقت الإجازة كلا من العقد الموقوف والعقد المشتمل على خيار الشرط انصرف أثرها إلى وقت انعقاد العقد وإن رفض اعتبر كأن لم يكن.

د- إن كلا العقدين يلتقيان في أن حق الإجازة أو الرفض لا ينتقل إلى الورثة في حالة وفاة صاحبه[2].

2- أوجه الاختلاف:

أ- العقد الموقوف يلحق به وصف الوقف بسبب تخلف أحد عناصر النفاذ، أما خيار الشرط فهو وصف ثابت في العقد لأن المتعاقد أراده واشترطه أثناء التعاقد.

---

1 – أنور سلطان، المرجع السابق، ص145؛ علي الخفيف، المرجع السابق، ص147؛ أمجد محمد منصور، المرجع السابق، ص159.

2 – الكاساني، بدائع الصنائع، ج 5، المرجع السابق، ص268 حيث قال: « ... لأن خياره يخيره بين الفسخ والإجازة، ولا يتصور ذلك منه بعد موته فلا يورث »؛ وهذا ما ذهب إليه كل من الحنفية والحنابلة لقوله صلى الله عليه وسلم « من ترك **مالا** فلورثته »، وهو ما نصت عليه المادة 183 من التقنين المدني الأردني من أنه: « يسقط الخيار بموت صاحبه في خلال مدته، ويلزم العقد بالنسبة إلى ورثته، ويبقى الآخر على خياره إن كان الخيار له حتى نهاية مدته »، وهو ما قضت به أيضا المادة 512 مدني عراقي من أن « خيار الشرط لا يورث، فإذا مات من له الخيار سقط خياره ».

بينما يرى المالكية والشافعية أن حق الخيار لا يبطل بوفاة المورث، بل ينتقل بموته إلى ورثته، فالوارث يقوم مقام مورثه في الإجازة والفسخ، فالوارث يخلف مورثه في كل ما ترك من مال أو حقوق، وعللوا ذلك بقوله صلى الله عليه وسلم: « من ترك **حقا** أو مالا فلورثته »، وهو رأي الكاساني بصدد عرضه لرأي الشافعي: « وقال الشافعي رحمه الله لا يبطل الخيار بموته بل يقوم وارثه مقامه في الفسخ والإجازة... »، وهو ما أخذت به المادة 710 من مجلة الالتزامات والعقود التونسية التي تقضي بأنه: « إذا مات من له الخيار قام وارثه مقامه، وإن صار محجورا عليه قبل أن يختار قدم عليه مقدم ليختار الأصلح بالمحجور عليه »؛ محمد سعيد جعفور، الخيارات العقدية، المرجع السابق، ص43.

ب– العقد الموقوف ينعقد في الحال علة لحكمه إلا أنه لا ينفذ لعدم إتمام العلة، والسبب في ذلك يرجع إلى تخلف أحد عناصر النفاذ، ويزول المانع بالإجازة من صاحب الشأن كما في بيع الفضولي. أما العقد المشتمل على خيار الشرط، فالعلة تكون قد تمت ولكن الخيار يمنع ابتداء الحكم بترتيب آثاره[1].

ج– الإجازة في العقد الموقوف لها حكم الإظهار لأنها تظهر أن العقد منعقد في حق الحكم، ولها حكم الإنشاء لأنها تنشئ العقد بأثر ينسحب إلى وقت صدوره، ولذلك يشترط لصحتها بقاء المحل بعد التعاقد إلى وقت الإجازة، وهو ما يخالف العقد المشتمل على خيار الشرط الذي يكون للإجازة فيه حكم الإظهار فقط لأنه لا يشترط لصحتها بقاء المحل عند الإجازة.

الفرع الثاني

العقد الموقوف وخيار العيب

نخص هذا الفرع بالتعرض لنقطتين: النقطة الأولى مقصود خيار الشرط ومشروعيته، والنقطة الثانية بالفرق الوجود بين كل من العقد الموقوف والعقد المشتمل على خيار العيب.

أولا – المقصود بخيار العيب ومشروعيته:

1– المقصود بخيار العيب:

العيب في **اللغة** هو النقص في قيمة الشيء عند أهل الخبرة، مثل المرض في الحيوان أو السوس في حب القمح، فهذا العيب ينقص من قيمة الشيء ويفوت قصده فيه، مما يجعل رضاء صاحبه غير موفور ولو كان به وقت التعاقد لما أقدم عليه أصلا [2].

أما معنى خيار العيب في **اصطلاح الفقهاء** فهو أن يكون المتملك مخيرا بين أمرين إذا ظهر عيب في المعقود عليه، فإما أن يمضي العقد وإما أن يرده[3].

فهو الحق في فسخ العقد أو إمضائه إذا وجد عيب في محل العقد لم يكن معلوما عند التعاقد[4].

---

1 – عيسى عبد القادر المومني، المرجع السابق، ص54؛ عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق، ص89.

2 – علي الخفيف، المرجع السابق، ص153 يقول: « إذا اشتريت كتابا فوجدته غير تام كان لك حق في فسخ العقد ورد الكتاب إذا لم ترض به وأبيت أن تمضيه، ذلك لأن السلامة من العيوب من مقتضيات العقد »؛ محمد سلام مدكور، المرجع السابق، ص678؛ أحمد فراج حسين، المرجع السابق، ص310.

3 – عدنان إبراهيم السرحان ونوري حمد خاطر، المرجع السابق، ص237؛ محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص808؛ أنور سلطان، المرجع السابق، ص665.

4 – حسن أيوب، فقه المعاملات المالية، ط3، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة، 2006، ص96؛ ياسين محمد الجبوري، المرجع السابق، ص366؛ محمد محمد فرحات، المرجع السابق، ص45.

ولم يعرف التقنين المدني الجزائري خيار العيب على غرار نظيريه المصري والفرنسي، إنما ذكر شروط ضمانه في المادة 379 وما يليها.

2-مشروعية خيار العيب:

خيار العيب مفترض في العقد بقوة الشرع، يتمسك به صاحب المصلحة عند وجود سببه دون أن يكون هناك شرط أو اتفاق على ذلك. وقد قال الله عز وجل: ﴿ **يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آَمَنُوا لا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلاَّ أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ...** ﴾. وقال النبي صلى الله عليه وسلم « **لا يحل لمسلم باع لأخيه بيعا وفيه عيب إلا بينه له** ».

كما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه مر برجل يبيع طعاما فأدخل يده فيه فوجده مبلولا فقال: « **من غشنا فليس منا** ».

يتضح من الحديثين، أن الرسول صلى الله عليه وسلم يحذر من الغش في التصرفات ويرشد المتعاملين إلى أن يكشفوا عما في سلعهم من عيوب حتى لا يلحقوا أضرارا بمن يتعاملوا معهم.

ويثبت خيار العيب في العقود اللازمة التي تقبل الفسخ والتي يكون محلها معينا بالذات دون اشتراطه صراحة في العقد، وذلك كالبيع والإيجار والصلح وقسمة المال الشائع، وهذا بالنظر إلى أن سلامة المحل هو شرط يثبت دلالة في العقد وأن اختلاله يوجب اختلال الرضا والذي يوجب الخيار[1].

3-شروط خيار العيب:

يشترط لإعمال حكم خيار العيب الشروط الآتية:

أ- أن يثبت الخيار عند التعاقد أو عند تسليم محل العقد، لأنه لو حدث بعد استلام محل العقد لا يثبت الخيار.

ب- أن يبقى العيب بعد قبض محل العقد وعند طلب الفسخ.

ج- أن يجهل الممتلك وجود العيب عند العقد وعند القبض.

د- أن يكون العيب مما ينقص قيمة المتعاقد عليه أو يفوت وجوده مصلحة على العاقد يقصدها من العقد[2].

---

1 – محمد أبوزهرة، المرجع السابق، ص404؛ أحمد فراج حسين، المرجع السابق، ص344؛ ابرإهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص 105؛ ياسين محمد الجبوري، المرجع السابق، ص372.

2 – محمد سلام مدكور، المرجع السابق، ص696؛ علي الخفيف، المرجع السابق، ص154.

4- أثر خيار العيب:

إن العقد قبل اكتشاف العيب صحيح ونافذ ويرتب جميع آثاره، فهو منعقد فتثبت ملكية المبيع إلى المشتري والثمن للبائع. غير أن خيار العيب يمنع لزوم العقد للمضرور به، فيجوز له فسخ العقد بإرادته المنفردة. أما إذا كان القبض قد تم، فإن الأمر يتطلب الفسخ بالتراضي أو التقاضي[1]، ويكون لمن شرع له الخيار أن يفسخ العقد أو أن يتنازل عن حقه في الفسخ ويجيز العقد، فإن أجاز العقد سقط الخيار ولزم العقد واستقر بعد أن كان مهددا بالزوال[2].

ثانيا – الفرق بين العقد الموقوف والعقد المشتمل على خيار العيب:

1- وجه الشبه:

إن العقد المشتمل على خيار العيب يشبه العقد الموقوف في أن لكل ممن له حق خيار العيب وصاحب الإجازة في العقد الموقوف حق الاختيار بين أمرين: إما إجازة العقد أو فسخه.

2- أوجه الاختلاف:

أ- آثار العقد الموقوف محجوزة ومتوقفة إلى أن تلحقها الإجازة ممن يملكها شرعا، فإن أجيز العقد نفذ ورتب أثره وإن رفض اعتبر كأن لم يكن؛ على خلاف العقد المشتمل على خيار العيب الذي يرتب آثاره منذ انعقاده، فتثبت ملكية المبيع للمشتري ويثبت الثمن للبائع.

ب- ترد الإجازة أو الرفض بالإرادة المنفردة لمن يملكها قانونا في العقد الموقوف سواء قبل القبض أو بعده. أما العقد المشتمل على خيار العيب بعد القبض لا يفسخ بالإرادة المنفردة لمن له الخيار، بل يكون فسخه بالتراضي أو التقاضي[3].

---

1 – عبد الحكيم علي المغربي، المعاملات في الفقه الإسلامي، دار الطباعة المحمدية، الأزهر، القاهرة، ط2، 1982، ص204 وما يليها؛ تقضي المادة 195 من التقنين المدني الأردني الآتي: « 1 – إذا توافرت في العيب الشروط السابقة المبينة في المادة السابقة كان العقد غير لازم بالنسبة لصاحب الخيار قبل القبض قابلا للفسخ بعده. 2 – يتم فسخ العقد قبل القبض بكل ما يدل عليه دون حاجة إلى تراض أو تقاض بشرط علم العاقد الآخر به، أما بعد القبض فإنما يتم بالتراض والتقاض »؛ المادة 558 مدني عراقي؛ المادة 86 من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الشافعي.

2 – عدنان السرحان ونوري خاطر، المرجع السابق، ص239؛ ياسين محمد الجبوري، المرجع السابق، ص397.

3 – الكاساني، بدائع الصنائع، ج 5، المرجع السابق، ص281؛ عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق، ج 4، المرجع السابق، ص252؛ محمد أبوزهرة، المرجع السابق، ص ص407-408؛ أحمد فراج حسين، المرجع السابق، ص348؛ عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق، ص90.

ج– لا ينتقل حق الإجازة في العقد الموقوف إلى الورثة بعد وفاة من كان له هذا الحق؛ على خلاف العقد المشتمل على خيار العيب الذي ينتقل فيه حق الإجازة إلى الورثة بعد وفاة صاحبه، لأنه حق مالي والحقوق المالية يخلف الوارث فيها المورث هذا ما ذهب إليه جمهور الفقهاء[1].

د– إن التوقف وصف يلحق العقد لما تسلب منه أحد أسباب النفاذ المتمثلة في الملك والولاية. أما خيار العيب فهو وصف يثبت في العقد المشتمل على خيار العيب بحكم القانون دلالة[2].

الفرع الثالث

العقد الموقوف وخيار الرؤية

يكون لمن له خيار الرؤية حق الاختيار بين المضي في العقد أو فسخه، لذا نعرض أولا تعريف خيار الرؤية ومشروعيته وأثره، وثانيا أوجه الشبه والاختلاف بين كل من العقد الموقوف وخيار الرؤية.

أولا – التعريف بخيار الرؤية ومشروعيته وأثره:

1– التعريف بخيار الرؤية:

خيار الرؤية حق يثبت للعاقد في فسخ العقد أو إمضائه عند رؤية محله، إذا لم يكن قد رآه وقت العقد ولا قبله، سواء كان محل العقد قد تعين بالوصف أم لم يتعين جيدا به، لأن الرؤية محققة للمعرفة وترفع الجهالة المفضية إلى الضرر وتمنع الغبن[3]. وهو ما ذكرته المادة 320 من مجلة الأحكام العدلية إذ قضت بأن: « من اشترى شيئا ولم يره كان له الخيار إلى أن يراه، فإذا رآه إن شاء قبله وإن شاء فسخ البيع، ويقال لهذا الخيار خيار الرؤية ». وهذا هو التعريف الذي ذكرته المادة 517ف/1 من التقنين المدني العراقي بنصها على أن: « كل من اشترى شيئا لم يره كان له الخيار حين يراه، فإن شاء قبله وإن شاء فسخ البيع »[4].

---

1 – مذهب الأمام مالك والشافعي يريان انتقال خيار العيب إلى الورثة فيثبت هذا الحق لورثته لأن هذا الخيار يعتبر أثرا من آثار العقد فينتقل مع العقد، انظر في ذلك: ابن قدامه، المغني، المرجع السابق، ص591. أما الحنفية فيقولون إن الحقوق لا تورث، ولكنهم عللوا سبب انتقال خيار العيب إلى الورثة بأن المورث استحق المبيع سليما من العيوب فكذا الوارث ثبت له ابتداء دفعا للضرر عنه لا على أنه ورث خياره.

2 – عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق، ج 4، المرجع السابق، ص261؛ عيسى عبد القادر المومني، المرجع السابق، ص57.

3 – محمد سلام مدكور، المرجع السابق، ص 672؛ أحمد فراج حسين، المرجع السابق، ص317؛ عدنان السرحان ونوري خاطر، المرجع السابق، ص 232.

4 – وهو نفس ما قضت به المادتان 235 من التقنين المدني اليمني و184 من التقنين المدني الأردني.

والمقصود بالرؤية هو إدراك الشيء المعقود عليه والعلم به والوقوف على حاله من خصائص ومزايا اللمس والسمع والذوق والنظر[1].

ويثبت خيار الرؤية في العقود التي تحتمل الفسخ، كالبيع والإجارة والقسمة في الأموال بين الشركاء، ولا يكون فيما لا يقبل الفسخ، كعقد الزواج وبدل الخلع وهذا الخيار.

وهو يثبت بالشرع لا بالشرط، أي دون حاجة إلى شرط خاص يدرج في العقد كما هو عليه خيار الشرط.

2- مشروعية خيار الرؤية:

كان خيار الرؤية محل خلاف بين فقهاء الشريعة الإسلامية. ويرجع أساس هذا الخلاف إلى خلافهم في صحة التعاقد على الشيء الغائب: فمنهم من حكم بعدم صحته، وهو ما أخذت به المادة 21 من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام الشافعي التي تقضي بإنه: « لا يصح العقد على العين الغائبة إذا لم يرها المتعاقدان أو أحدهما »، ومنهم من قال إن التعاقد عليه صحيح، وهو ما ذهب إليه فقهاء المذهب الحنفي والرواية الثانية عند ابن حنبل[2]، الذين يرون أن العقد على شيء غائب لم يسبق رؤيته عقد صحيح، مستدلين في ذلك بحديث النبي صلى الله عليه وسلم « **من اشترى ما لم يره، فله الخيار إذا رآه** »[3].

3- أثر خيار الرؤية في العقد:

إنّ خيار الرؤية لا يمنع انعقاد العقد ولا صحته ولا نفاذه، غير أنه يمنع لزومه بالنسبة لمن كان له الخيار إلى أن يختار بعد الرؤية بين الفسخ أو الإجازة. فالعقد يرتب جميع آثاره، وحكمه كحكم العقد الذي لا خيار فيه، فيثبت الملك في البدلين المتعاقدين بمجرد تمام العقد، لأن السبب في نقل الملك قد وجد فيترتب عليه حكمه حيث لا مانع منه[4].

فلمن له خيار الرؤية الحق في أن يجيز العقد، كما له أن يفسخ العقد دون توقف على

---

1 – يقول إبراهيم الدسوقي أبو الليل (المرجع السابق، ص104) إن: « وثبوت خيار الرؤية معلق على رؤية المبيع، لذلك فهو لا يثبت للمشتري قبل الرؤية، لان المعلق على شيء لا يثبت قبل تحقق ذلك الشيء ».

2 – الكاساني، بدائع الصنائع، ج 5، المرجع السابق، ص292؛ الزيلعي، تبيين الحقائق، ج 4، المرجع السابق، ص591؛ علي الخفيف، المرجع السابق، ص148؛ ياسين محمد الجبوري، المرجع السابق، ص ص336–340.

3 – في تفصيل ذلك، أحمد فراج حسين، المرجع السابق، ص318؛ إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص103.

4 – أحمد فراج حسين، المرجع السابق، ص321؛ أمجد محمد منصور، المرجع السابق، ص161.

موافقة الطرف الآخر أو قضاء القاضي[1]. فإن هو اختار الإمضاء أصبح العقد لازما له، وإن اختار الفسخ زال العقد وأصبح كأن لم يكن.

ثانيا – أوجه الشبه والاختلاف بين العقد الموقوف والعقد المقترن بخيار الرؤية:

1- أوجه الشبه:

أ- إنّ كلا من خيار الرؤية والعقد الموقوف يُثبت لصاحبه حق الاختيار بين إمضاء العقد أو فسخه: ففي العقد الموقوف، يكون لمن كان التوقف في مصلحته الحق في إجازة العقد أو رفضه، وكذلك في العقد المقترن بخيار الرؤية حيث يكون لمن ثبت له الخيار حق الاختيار بين إمضاء العقد أو فسخه.

ب- إن حق الإجازة أو الرفض في كل من العقد الموقوف والعقد المقترن بخيار الرؤية لا ينتقل إلى الورثة في حالة وفاة من له الحق في ذلك[2].

2- وجه الاختلاف:

يختلف العقدان من حيث أن العقد الموقوف لا ينتج أي أثر في مرحلة توقفه، فلا تنتقل ملكية المشتري ولا الثمن إلى البائع، بل يبقى البيع موقوفا إلى حين إجازته أو رده، بينما العقد المشتمل على خيار الرؤية منتج لكافة آثاره عند نشأته، فيثبت الملك للمشتري في المبيع ويثبت الثمن للبائع.

الفرع الرابع

العقد الموقوف وخيار التعيين

لا يمنع خيار التعيين من نفاذ العقد وترتيب أحكامه، لذا نخص النقطة الأولى من هذا الفرع بكل من المقصود بخيار التعيين وشروطه وأثره، والنقطة الثانية بأوجه الشبه والاختلاف بين العقد الموقوف وخيار التعيين.

أولا – المقصود بخيار التعيين وشروطه وأثره:

1- المقصود بخيار التعيين:

يقصد بخيار التعيين أن يكون للعاقد حق تعيين شيء غير معين بين أشياء معينة، بحيث

---

1 – محمد سلام مدكور، المرجع السابق، ص676؛ ويقول علي الخفيف، المرجع السابق، ص150، أن: « ثبوت هذا الخيار لا يمنع نفاذ العقد، فالعقد معه نافذ ولكنه غير لازم بالنسبة إلى المتملك... »؛ عدنان السرحان ونوري خاطر، المرجع السابق، ص ص232 – 232.

2 – في تفصيل انتقال خيار الرؤية إلى الورثة أو عدم انتقالها، انظر: محمد سعيد جعفور، الخيارات، المرجع السابق، ص ص97-98.

إذا عين العاقد واحدا صار محل العقد معلوما بعد أن كان فيه نوع من الجهالة.

وهذا النوع من الخيارات يكون في عقود المعاوضات المالية، كالبيع والهبة بعوض والقسمة. والغالب أن المشتري هو الذي يكون الطرف المستفيد من هذا الخيار[1]، وذلك لا ينفي أن هذا الخيار يحقق أيضا مصلحة البائع، إذ يحميه من مماطلة المشتري في الوفاء بالثمن.

وتتمثل الحكمة من مشروعية خيار التعيين في أن يعطى العاقد فرصة للتروي والتمهل حتى يقدم على العقد وهو على بصيرة من أمره.

2- شروط خيار التعيين:

أ- أن يكون المشتري مخيرا بين ثلاثة أشياء على الأكثر حتى تجمع الصفقة بين الجيد والوسط والرديء، وما زاد عن ذلك لا تغتفر فيه الجهالة ولا يصح فيه الخيار لعدم الحاجة إليه.

ب- تفاوت القيمة والثمن، أي يجب أن يكون الثمن محددا ومعينا، ذلك أن الأشياء المثلية التي لا تفاوت في أحدهما لا حاجة فيها إلى إثبات مثل هذا الخيار.

ج- تحديد مدة الخيار عند أبي حنيفة بثلاثة أيام قياسا على خيار الشرط، لأنه إذا زاد عن ذلك فسد العقد. أما الصاحبان فيُجوزان أن تتجاوز المدة أكثر من ثلاثة أيام وهذا أرفق بالناس[2].

3- أثر خيار التعيين:

يخول خيار التعيين لصاحبه خلال المدة المحددة اختيار واحد من الشيئين أو الأشياء الثلاثة التي حددت له. فإذا اختار واحدا منها سقط الخيار بالتعيين. فلو كان العقد بيعا وكان الخيار للمشتري ثبت الملك له في واحد من الأشياء التي ذكرت في العقد[3]. ولكن الخيار يمنع من لزوم العقد له، وعليه يكون له الاختيار بين أمرين: إما فسخ العقد واعتباره كأن لم يكن، أو يعمل خياره فيعين أحد الأشياء محل العقد. فإذا تم ذلك أصبح العقد لازما له، وحينئذ ينصرف

---

1 – الكاساني، بدائع الصنائع، ج 5، المرجع السابق، ص261؛ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ج 4، ص225؛ عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق، المرجع السابق، ج 4، ص215؛ أحمد إبراهيم، المرجع السابق، ص ص719–720؛ إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص67.

2 – كمال بن الهمام، الهداية، ج 6، ص ص269– 270؛ محمد محمد فرحات، المرجع السابق، ص105؛ ياسين محمد الجبوري، المرجع السابق، ص358.

3 – جاء في كتاب شرح القدير لابن الهمام (ج 6، المرجع السابق، ص302) ما يلي: « ولو كان فيه خيار الشرط له أن يردهما جميعا »؛ حاشية الدسوقي، ج 3، ص106؛ محمد سلام مدكور، المرجع السابق، ص680.

هذا التعيين إلى وقت نشوء العقد، وذلك ما ذكرته المادة 191 من التقنين المدني الأردني التي تنص على أن: « يستند تعيين الخيار إلى وقت نشوء العقد ».

وإذا مات المشتري، قام ورثته مقامه في ممارسة خيار التعيين. وهو ما قضت به المادة 192 من التقنين المدني الأردني من أنه: « إذا مات من له خيار التعيين في مدة الاختيار انتقل حقه إلى الورثة ».

ثانيا – أوجه الشبه والاختلاف بين العقد الموقوف وخيار التعيين:

1- أوجه الشبه:

أ- في العقد الموقوف يكون لصاحب الحق في الإجازة الحق في اختيار أحد أمرين: إما إمضاء العقد أو فسخه، ويكون لمن له خيار التعيين أن يختار أيضا بين أمرين: فسخ العقد واعتباره كأن لم يكن أو تعيين المعقود عليه من بين الأشياء التي حددت في العقد. فالعقد يكون غير لازم لصاحب حق الإجازة في العقد الموقوف وكذا غير لازم لمن له الخيار في العقد المشتمل خيار التعيين.

ب- يكون للإجازة أثر رجعي سواء كان العقد موقوفا أو فيه خيار التعيين[1].

2- أوجه الاختلاف:

أ- العقد المقترن بخيار التعيين نافذ ويرتب آثاره في الحال، فلو كان للمشتري حق الخيار في البيع فيثبت له الملك، إلا أن هذه الآثار تكون غير ثابتة لكون العقد غير لازم لمن له الخيار، إذ هو يستطيع فسخه واعتباره كأن لم يكن. أما العقد الموقوف فلا يرتب آثاره إلا بعد إجازته.

ب- حق إجازة العقد الموقوف لا ينتقل إلى الورثة في حالة وفاة صاحب الشأن، بينما في العقد المشتمل على خيار التعيين ينتقل الخيار إلى الورثة في حالة وفاة من له الخيار قبل إعمال خياره[2].

ج- خيار التعيين وصف يثبت بمقتضى شرط في العقد، بينما التوقف وصف يلحق العقد لتخلف عناصر النفاذ من ملك أو ولاية.

---

1 – عيسى عبد القادر المومني، المرجع السابق، ص59؛ أمجد محمد منصور، المرجع السابق، ص162.

2 – عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق، ص89؛ محمد سلام مدكور، المرجع السابق، ص682؛ وتنص المادة 192 من التقنين المدني الأردني على أنه: « إذا مات من له خيار التعيين في مدة الاختيار انتقل حقه إلى ورث ».

خلاصـــة:

نخلص، مما سبق قوله في تشابه العقد الموقوف ببعض النظم القانونية، أن بعض التصرفات تقبل الإجازة مثل العقد الموقوف والعقد المقترن بخيار والعقد الفاسد بسبب الإكراه عند فقهاء المذهب الحنفي، أما الأقسام الأخرى من التصرفات فلا تقبل الإجازة، مثل التصرف الباطل لأنه عدم والإجازة لا ترد على المعدوم ولا تحييه، وكذلك التصرف الفاسد، ما عدا الإكراه، لا يقبل الإجازة لمخالفته لنظام التعاقد لأنه ثبت بحكم الشارع فلا يجوز للعبد إسقاطه. كما أن الإجازة لا ترد على العقد النافذ غير اللازم بطبيعته لأنه لا يتصور أن ترد عليه الإجازة ليصبح لازم فلا جدوى منها، أما التصرف النافذ اللازم فلا ترد عليه الإجازة لأنه صحيح نافذ لازم ولا معنى للإجازة بالنسبة إليه.

المبحث الثالث

حالات العقد الموقوف وشروط صحته

بعدما توقفنا عند التعريف بالعقد الموقوف ومشروعيته في المبحث الأول من هذا الفصل، وتمييزه عما قد يشبهه من أنظمة في كل من الفقه الإسلامي والقانون الوضعي في المبحث الثاني من الفصل ذاته، نحاول في المبحث الثالث أن نبين حالات هذا العقد في كل من الفقه الإسلامي والقانون الوضعي وما يقابله في فقه القانون (المطلب الأول)، وللوقوف على صحته نعرض إلى شروطه (المطلب الثاني).

المطلب الأول

حالات العقد الموقوف

نعرض في هذا المطلب لحالات العقد الموقوف في كل من الفقه الإسلامي (الفرع الأول)، ثم في بعض التقنينات العربية (الفرع الثاني)، وأخيرا الى ما يقابله في القانون المدني (الفرع الثالث).

الفرع الأول

حالات العقد الموقوف في الفقه الإسلامي

إنّ المتتبع لأقوال فقهاء الشريعة الإسلامية يلاحظ أن الحنفية أوصلوا حالات العقد الموقوف إلى ما يزيد على ثمان وثلاثين حالة[1]. وإن كان أغلب تلك الحالات لا يكون العقد

1 – محمد أمين بن عابدين، حاشية رد المختار، ج 5، المرجع السابق، ص235؛

وقد أورد تعدادا بتلك الحالات ابن نجيم، المرجع السابق، ج 6، ص ص113–114، وهي: 1– بيع العبد موقوف على إجازة المولى، 2 – بيع الصبي موقوف على إجازة الأب والوصي، 3 – بيع غير الرشيد موقوف على إجازة القاضي، 4– و–5– و6– بيع المرهون والمستأجر وما في مزارع الغير موقوف على إجازة المرتهن والمستأجر والمزارع، 7– بيع البائع الشيء المبيع بعد القبض من غير المشتري يتوقف على إجازة المشتري. أما القبض في المنقول فلا ينعقد أصلا، 8 – بيع المرتد عند الإمام أبى حنيفة موقوف على عودته إلى الإسلام، 9– و10– البيع برقمه وبما باع فلان والمشتري لا يعلم موقوف على العلم في المجلس، 11 – البيع الذي فيه خيار المجلس، 12 – البيع بمثل ما يبيع الناس، 13 – البيع بمثل ما أخذ فلان، 14– بيع المالك للمال المغصوب، 15 – بيع ملك الغير، 16 – البيع المشروط فيه الخيار أكثر من ثلاثة أيام موقوف فإن أسقطه قبل مجيء اليوم الرابع جاز البيع وإلا فلا، 17 – الوكيل بشراء عبد إذا اشترى نصفه موقوف على شراء النصف الآخر قبل الخصومة، 18 – الوكيل بيع العبد إذا باع نصفه موقوف على بيع الباقي قبل الخصومة عند أبي يوسف ومحمد وعند أبي حنيفة نافذ كما في المجمع، 19 – بيع الشريك نصيبه من مال مشترك بالخلط والاختلاط موقوف على إجازة شريكه كما ذكروه في الشركة، 20 – بيع ما في تسليمه ضرر موقوف على تسليمه في المجلس كما في البزارية، 21 – بيع المريض عينا من أعيان ماله لبعض الورثة موقوف على إجازة الباقين وكان بمثل القيمة عند أبي حنيفة، 22 – بيع السيد عبده المأذون موقوف على إجازة الغرماء، 23 – بيع الوارث=

فيها موقوفا بالمعنى الدقيق، وذلك كحالة البيع الذي فيه خيار المجلس وهو يعني في الحقيقة خيار القبول في المجلس، فإن الوقف في هذه الحالة يمنع من انعقاد التصرف ولا يعني وقف النفاذ الذي يحدث بعد قيام الإيجاب والقبول وإنما هو تصرف موقوف الانعقاد[1]، وكحالة خيار المجلس يتوقف على إسقاط الخيار فيدخل في خيار الشرط وليس بالبيع الموقوف وهو من البيوع غير اللازمة التي تتوقف على إسقاط الخيار فهو موقوف اللزوم[2]، وكذلك بعض الحالات التي يكون فيها العقد موقوف الصحة وليس النفاذ كحالة بيع الشيء بالقيمة بمثل ما يبعه الناس، بما حل به، برأسماله، بما اشتراه وهوغير معروف، فالعقد فيه موقوف الصحة وليس موقوف النفاذ[3].

أما الحالات المتعلقة بوقف النفاذ فيمكن حصرها في تخلف الملك أو الولاية، أو تعلق حق الغير بالمعقود عليه، أو إذا كانت إرادة أحد المتعاقدين ناقصة. وهذا ما جعل بعض الفقهاء يحاولون وضع ضوابط عامة لشروط النفاذ، كالأستاذ عبد الرزاق السنهوري الذي يعتبر التصرف موقوفا إذا تخلفت فيه الولاية سواء كانت على نوع التصرف أو على محل التصرف لأن هاتين الحالتين تعتبران شرطا لنفاذ العقد.

فالولاية على نوع التصرف، أي أهلية التصرف، إن تخلفت شملت حالة تصرف ناقص الأهلية الذي يندرج تحتها الصبي المميز ومن في حكمه كالعبد والمعتوه المميز وذي الغفلة ومعيب الإرادة بالإكراه عند **زفر** لأن إرادة المكره تكون ناقصة كإرادة ناقص الأهلية[4].

=التركة المستغرقة بالدين موقوف على إجازة الغرماء، 24 – الوكيل إذا وكل بدون إذن وتعميم فعقد الثاني موقوف على إجازة الأول كما جاء في المجمع، 25 – بيع أحد الوكيلين إذا باع بحضرة صاحبه موقوف على إجازة الآخر فإن أجازه نفذ بخلاف ما إذا كان غائبا فلا ينفذ بالإجازة، 26 – بيع الولي إكساب عبده المديون بعد الحجز موقوف على إجازة الغرماء، 27– و28 – بيع أحد الوصيين أو الناظرين إذا باع بحضره الآخر موقوف على إجازة الآخر، 29 – بيع المعتوه كبيع الصبي العاقل موقوف على إجازة الولي، كما ذكره الزيلعي.

وهناك حالات أخرى وردت في حاشية ابن عابدين، المرجع السابق، ج 4، ص ص138–139، ومنها: 30 – بيع المال من فاسد عقل غير راشد، 31 – بيع الشيء بقيمته، 32 – بيع الغاصب موقوف على إجازة المالك، 33 – بيع الصبي بشرط الخيار إذا بلغ في المدة، 34 – البيع بما حل به، 35 – البيع بما يريده، 36 – البيع بما يحب، 37 – البيع برأس ماله، 38 – البيع بما اشتراه. وقد ذكرت حالات أخرى في كتب الأحناف، كبيع المكره فهو عقد موقوف على إجازة المكره أو ورثته بعد زوال الإكراه هذا على رأي زفر.

1 – حاشية ابن عابدين، ج 4، المرجع السابق، ص139؛ الكاساني، بدائع الصنائع، ج 5، المرجع السابق، ص137.

2 – عيسى عبد القادر المومني، المرجع السابق، ص68 وما بعدها؛ محمد زكي عبد البر، المرجع السابق، ص125.

3 – حاشية ابن عابدين (ج4، المرجع السابق، ص541) حيث يقول: « وكثيرا ما يطلقون الفاسد على الباطل »؛ محمد زكي عبد البر، المرجع السابق، ص121.

4 – عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق، المرجع السابق، ج 4، ص128.

أما الولاية على محل التصرف فتثبت للعاقد حق الملك في المتصرف فيه أو النيابة عن المالك وألا يتعلق به حق الغير، فتخلفها يتحقق في تصرف المالك في الشيء المرهون أو المستأجر إذ لا يكون للمالك ولاية التصرف بالمعقود عليه لتعلق حق المرتهن والمستأجر. وتتحقق هذه الحالة أيضا عندما يتصرف الفضولي في مال الغير بدون إذن مالكه فتنعدم عنده ولاية التصرف في هذا المال لكونه لا يملك المحل (المال).

أما الأستاذ أبو الفتح فيرجع نفاذ العقد إلى شرطين هما العاقد والمعقود عليه[1].

فما يرجع الى العاقد هو أن يكون له حق التصرف فيما يبيعه، كأن يكون مالكا أو وكيلا أو وليا أو وصيا عليه، فإن لم يكن كذلك كان فضوليا أو محجورا عليه فكان بيعه موقوفا على الإجازة. أما **ما يرجع إلى المعقود عليه** فهو أن لا يتعلق به حق للغير، كأن يكون مثلا مرهونا أو مستأجرا، فيكون التصرف فيه بالبيع موقوفا على إجازة المرتهن أو المستأجر.

إنّ ما يختلف فيه الفقيهان هو أن السنهوري يعتبر ملكية المحل المتصرف فيه أو الولاية على المتصرف فيه من شروط المحل، بينما يعتبر أبو الفتح ذلك من شروط العاقد[2].

ويمكن حصر حالات العقد الموقوف النفاذ في ثلاث مجموعات، كما أوردها فقهاء الحنفية[3] ومن وافقهم من فقهاء كل من المذهب المالكي[4] وكذا في إحدى الروايتين عند الحنابلة[5]. وهذه الحالات هي:

أولا – تخلف الولاية أو الملك:

تتحقق حالة تخلف الولاية عندما يتجاوز النائب حدود نيابته. ويتحقق تخلف الملك في حالة الفضولي الذي يتصرف في ملك غيره بدون إذن مالكه، وكذلك في حالة المرتد عن الإسلام عند أبي حنيفة الذي يكون تمليكه معلقا على عودته إلى الإسلام، فلا ينفذ تصرفه لأن نفاذه يقتضي الملكية الثابتة[6]. ففي كل هذه الحالات لا ينفذ التصرف إلا إذا أجازه من له حق الإجازة، وهو

---

1 – أحمد أبو الفتح، مختصر كتاب المعاملات في الشريعة الإسلامية والقوانين المصرية، ج 1، مطبعة النهضة، القاهرة، ط2، 1923، ص240.

2 – الكاساني، بدائع الصنائع، ج 5، المرجع السابق، ص 148، وقد جاء فيها ما يلي: « وأما الذي يرجع إلى النفاذ فنوعان أحدهما: الملك أو الولاية، فالملك هو أن يكون المبيع مملوكا للبائع فبيع الفضولي لا يكون نافذا »؛ مصطفى الزرقاء، المرجع السابق، ص504.

3 – ابن نجيم، البحر الرائق، ج 6، المرجع السابق، ص245.

4 – راجع **في الفقه المالكي:** الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، للعلامة شمس الدين محمد بن احمد بن عرفة الدسوقي، ج3، دار الفكر للطباعة والتوزيع، ص11، 12، 265 و269.

5 – **الفقه الحنبلي:** ابن قدامة، المغني، ج 4، المرجع السابق، ص147.

6 – عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق، ص96.

المنيب في الحالة الأولى، والمالك في الحالة الثانية، وعند العودة إلى الإسلام في الحالة الثالثة.

ثانيا – تعلق حق الغير بالمحل:

قد يكون العاقد مكتمل الأهلية ومالكا للمحل، ولكن تعلق حق الغير بالمحل يجعله تصرفا موقوفا على إجازة الغير، فيتوقف هذا التصرف على إجازة الدائن المرتهن في حالة بيع الشيء المرهون ويتوقف على إجازة المستأجر في بيع الشيء المستأجر[1]. ويتحقق ذلك أيضا في تصرف المدين المحجور عليه بدين مستغرق لأمواله فيكون تصرفا موقوفا على إجازة الغرماء، وكذا في تصرف الشريك بالبيع في نصيبه لغير الشركاء ينعقد تصرفه موقوفا على إجازة الشركاء[2]، وفي تصرف الموصي لوارث مهما يكن المقدار ولغير الوارث بما يزيد على ثلث التركة، وفي تصرف المريض مرض الموت[3] في ماله بالتبرع أو المعاوضة يكون موقوفا على إجازة الورثة إذا كان لأحد الورثة وعلى إجازة جميع الورثة في المقدار الزائد على ثلث التركة إذا كان التصرف لغير وارث ولم تكن التركة مستغرقة بالدين.

فلا ينفذ تصرف الصبي المميز الدائر بين النفع والضرر[4]، ولا من في حكمه كالسفيه وذو الغفلة المحجرين[5]، فكل هذه التصرفات تكون موقوفة على الإجازة. وكذلك تصرف معيب الإرادة للإكراه عند **زفر**، بخلاف الأئمة الثلاثة، ينعقد موقوفا على إجازة

---

1 – الفقه الحنفي في إيجار المرهون: الكاساني، بدائع الصنائع، ج5، المرجع السابق، ص 157؛ في بيع المستأجر: حاشية ابن عابدين، ج 5، المرجع السابق، ص139.

2 – في بيع المحجور: المادتان 1001 و1002 من مجلة الأحكام العدلية؛ وفي بيع الشريك: ابن عابدين، المرجع السابق، ج 4، ص139.

3 – تنص المادة 90 من مرشد الحيران على ما يلي: « لا تجوز الوصية لوارث إلا إذا أجازها الورثة الآخرون بعد موت الموصي وهم من أهل التبرع »؛ وتنص المادة 91 من مرشد الحيران بما يلي: « تجوز الوصية بالثلث للأجنبي عند عدم المانع من غير إجازة الورثة ولا تجوز بما يزيد على الثلث إلا إذا أجازوه بعد موت الموصي وهم من أهل التبرع ولا عبرة بإجازتهم في حالة حياته »؛ مصطفى الزرقاء، المرجع السابق، ص ص501–502.

4 – يقول الكاساني في بدائع الصنائع (ج 5، المرجع السابق، ص171) ما يأتي: « إن تصرف الصبي المميز عن غيره إذا كان وكيلا يصح وينفذ، وفيه أيضا أن الصبي لو توكل عن غيره بالبيع والشراء ينفذ تصرفه ». وجاء في رد المحتار لابن عابدين، ج 6، المرجع السابق، ص154، ما يأتي: « وتصح عبارة الصبي في مال غيره وطلاقه وعتاقه إذا كان وكيلا ».
وذكر التقنين المدني العراقي الإكراه في المادة 115، والغلط في المادتين 117 و118 والتغرير مع الغبن في المادة 121، وذكر تلك العيوب مجتمعة في المادة 134. ويعتبر التقنين المدني الأردني تصرف المكره موقوفا على الإجازة في المادة 141 منه.

5 – تقضي المادة 990 من مجلة الأحكام العدلية بأن: « السفيه المحجور هو في المعاملات كالصغير المميز ولكن ولي السفيه الحاكم فقط وليس لأبيه وجده وأوصيائه عليه حق الولاية ».

المكره أو الورثة بعد زوال الإكراه[1].

الفرع الثاني

حالات العقد الموقوف في بعض التقنينات المدنية

نتناول في هذا الفرع نصوصا من بعض تقنينات الدول العربية التي أخذت بالعقد الموقوف، ثم نعرض لتقنين الأسرة الجزائري.

أولا – التقنين المدني العراقي:

أخذ هذا المشرع العراقي بفكرة العقد الموقوف من الفقه الإسلامي فذكر حالات هذا العقد في عدة نصوص من تقنينه المدني، ومن هذه الحالات:

1- تصرفات الصغير المميز الدائرة بين النفع والضرر (المادة 93).

2- تصرفات المعتوه (المادة 107).

3- تصرفات السفيه وذي الغفلة المحجور عليهما (المادتين 109 و110).

4- تصرفات الفضولي في مال الغير (المادة 135)[2].

ثانيا – التقنين المدني الأردني:

ذكر هذا التقنين مختلف حالات العقد الموقوف في المادة 171 منه التي تنص على ما يلي: « يكون التصرف موقوف النفاذ على الإجازة إذا صدر من فضولي في مال غيره أو مالك في مال له تعلق به حق الغير أو من ناقص الأهلية في ماله وكان تصرفه دائرا بين النفع والضرر أو من مكره أو إذا نص القانون على ذلك ».

يتضح من هذه المادة أن حالات العقد الموقوف يمكن حصرها في ما يلي:

1- تصرف الفضولي في مال الغير بالبيع[3] أو الإيجار[4] أو التبرع كالهبة[5].

---

1 – مصطفى أحمد الزرقاء، ج1، المرجع السابق، ص500.

2 – تقابل المادة 368 من مجلة الأحكام العدلية التي تقضي بأن: « البيع الذي تعلق به حق آخر كبيع الفضولي وبيع المرهون ينعقد موقوفا على إجازة ذلك الآخر »؛ وتقابل أيضا المادة 355 من مرشد الحيران.

3 – المادة 550 من التقنين المدني الأردني.

4 – تنص المادة 660 من التقنين المدني الأردني على أن: « ينعقد إيجار الفضولي موقوفا على إجازة صاحب حق التصرف بشرائطها المعتبرة ».

5 – تقضي المادة 599 من التقنين المدني الأردني بأنه: « لا ينفذ عقد الهبة إذا كان المال الموهوب غير مملوك للواهب ما لم يجزه المالك ويتم القبض برضاه ».

2- تصرف المالك في ماله الذي تعلق به حق الغير، فإنه ينعقد موقوفا على إجازة الغير، كتصرف الراهن بالشيء المرهون[1].

3- تصرف ناقص الأهلية، من صغير مميز[2] ومعتوه[3] ومحجور كالسفيه أو ذي الغفلة[4] في ماله، وكان تصرفه دائرا بين النفع والضرر فينعقد موقوفا على إجازة الولي أو الوصي أو ناقص الأهلية بعد اكتمال أهليته.

4- تصرف المكرَه ينعقد موقوفا على إجازة المكره أو ورثته بعد زوال الإكراه[5].

5- ما نص عليه القانون واعتبره تصرفا موقوفا، كبيع المريض مرض الموت لأحد الورثة موقوف على إجازة باقي الورثة أو بما يزيد على ثلث التركة موقوف على إجازة كل الورثة[6].

ثالثا - التقنين المدني المصري:

يواجه هذا التقنين حالات العقد الموقوف بفكرتي العقد القابل للإبطال والعقد غير النافذ:

1- فيكون العقد قابلا للإبطال في الحالات التالية:

أ- تصرفات الصبي المميز الدائرة بين النفع والضرر قابلة للإبطال لمصلحة القاصر (المادة 111 ف/ 2).

ب – تصرف ذي الغفلة بعد تسجيل قرار الحجر كتصرف الصغير المميز (المادة 115).

ج- تصرفات معيب الإرادة لغلط أو تدليس أو أكراه أو استغلال قابلة للإبطال لمصلحة صاحب الشأن (المواد 129/127/125/120).

د- بيع ملك الغير، يكون قابلا للإبطال لمصلحة المشتري (المادة 466).

---

1 – المادة 1386 من التقنين المدني الاردني تنص على: « لا يجوز للراهن أن يتصرف في المرهون حيازياً تصرفاً قابلا للفسخ مثل البيع والإجارة والهبة إلا بقبول المرتهن. 2 – فإذا كان التصرف بيعاً فإن حق المرتهن ينتقل إلى ثمن المرهون ».

2 – تنص المادة 118ف/2 من التقنين المدني الأردني على ما يأتي: « أما التصرفات الدائرة بين النفع والضرر فتعقد موقوفة على إجازة الولي في الحدود التي يجوز فيها له التصرف ابتداء أو إجازة القاصر بعد بلوغه سن الرشد ».

3 – ذكرت المادة 128ف/1 من التقنين المدني الأردني أن: « المعتوه هو في حكم الصغير المميز ».

4 – تقضي المادة 129ف/1 من التقنين المدني الأردني بالآتي: « يسري على تصرفات المحجور للغفلة أو السفه ما يسري على تصرفات الصبي المميز من أحكام، ولكن وللي السفيه والمحكمة أو من تعينه للوصاية عليه وليس لأبيه أو جده أو وصيهما حق الولاية عليه ».

5 – تنص المادة 141 من التقنين المدني الأردني على أن: « من أكره بأحد نوعي الإكراه على إبرام عقد لا ينفذ عقده ولكن لو أجازه المكره أو ورثته بعد زوال الإكراه صراحة أو دلالة ينقلب صحيحا ».

6 – وهو ما ذكرته المادة 544ف/1 من التقنين المدني الأردني.

2- ويواجه العقد الموقوف بحالة عدم السريان (أو عدم النفاذ) في المواضع التالية:

أ- بيع المريض مرض الموت، الذي يكون صحيحا بين المتعاقدين لكنه غير نافذ في حق الورثة إذا زادت قيمة المبيع على الثمن ثلث التركة داخلا فيه المبيع ذاته (المادة 477 ف/2).

ب- بيع ملك الغير، يكون غير نافذ بحق المالك الحقيقي، ولكن إذا إقره المالك سرى في حقه (المادة 467 ف/1).

رابعا – تقنين الأسرة الجزائري:

ذكر هذا التقنين بعضا من الحالات التي يكون فيها التصرف موقوفا، وهي:

1- تصرف الصبي المميز الدائر بين النفع والضرر، وذلك بموجب المادة 83 من تقنين الأسرة التي تنص على ما يأتي: « من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد طبقا للمادة 43 من القانون المدني تكون تصرفاته نافذة إذا كانت نافعة له، وباطلة إذا كانت ضارة به، وتتوقف على إجازة الولي أو الوصي فيما إذا كانت مترددة بين النفع والضرر، وفي حال النزاع يرفع الأمر للقضاء ».

2- الوصية إذا زادت على ثلث التركة كانت متوقفة على إجازة الورثة، طبقا للمادة 185 من تقنين الأسرة التي تقضي بما يأتي: « تكون الوصية في حدود ثلث التركة، وما زاد على الثلث تتوقف على إجازة الورثة »[1].

3- وصية أو تبرع الكافل للمكفول بأكثر من ثلث ماله يكون موقوفا على إجازة الورثة، وفقا للمادة 123 من التقنين ذاته التي تنص على ما يأتي: « يجوز للكافل أن يوصي أو يتبرع للمكفول بماله في حدود الثلث، وإن أوصى أو تبرع بأكثر من ذلك، **بطل** ما زاد على الثلث إلا إذا أجازه الورثة ».

الفرع الثالث

ما يقابل العقد الموقوف في القانون المدني

يقابل فكرةَ العقد الموقوف، المعروفة في فقه الشريعة الإسلامية وفي بعض قوانين الدول العربية، ما يعرف في القانون المدني بكل من قابلية العقد للإبطال وعدم سريان العقد أو عدم نفاذه. وسنتناول في هذا الفرع بعض حالات العقد القابل للإبطال، وبعض حالات العقد غير الساري أو غير النافذ، وذلك في النقطتين التاليتين.

1 – يلاحظ ورود عبارة "**بطل ما زاد على الثلث**" في نص المادة 123 من تقنين الأسرة، والصحيح هو "توقف ما زاد على الثلث".

أولا – حالات العقد القابل للإبطال:

يكون العقد قابلا للإبطال في القانون المدني في الحالات الآتية:

1- حالة عيوب الإرادة:

تتمثل عيوب الإرادة، كما هو معروف في كل من الغلط والتدليس والإكراه والاستغلال. ونورد فيما يأتي كلمة موجزة عن كل من هذه العيوب:

أ- الغلط: هو وهم يقوم في ذهن الشخص فيصور له أمرا على غير حقيقته. وفي شأن اعتبارالغلط سببا موجبا لقابلية العقد للإبطال، تنص المادة 81 من تقنيننا المدني، التي تقابل المادة 20 من نظيره المصري، على أنه: « يجوز للمتعاقد الذي وقع في غلط جوهري وقت إبرام العقد أن يطلب إبطاله ».

ب- التدليس: هو إيهام الشخص بغير الحقيقة لحمله على التعاقد. وقد نصت المادة 86ف/1 من تقنيننا المدني، المقابلة للمادة 125ف/1 من نظيره المصري، على أنه: « يجوز إبطال العقد للتدليس إذا كانت الحيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين، أو النائب عنه، من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد ».

ج- الإكراه: هو ضغط يقع على الشخص يبعث في نفسه رهبة أو خوفا يحمله على التعاقد. وقد قضت المادة 88ف/1 من تقنيننا المدني، التي تقابل المادة 127ف/1 من نظيره المصري، بأنه: « يجوز إبطال العقد للإكراه إذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بينة بعثها المتعاقد الآخر في نفسه دون حق ».

د- الاستغلال: يتمثل الاستغلال في اختلال التعادل بين حقوق والتزامات كل من طرفي العقد، الناتج عن حالة الضعف التي يوجد فيها أحد الطرفين والتي يستغلها الطرف الآخر. وقد نصت المادة 90ف/1 من تقنيننا المدني، والمادة 129ف/1 من نظيره المصري، على أنه « إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين متفاوتة كثيرا في النسبة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر، وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشا بينا أو هوى جامحا، جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد أو أن ينقص التزامات هذا المتعاقد ».

2 – حالة تصرف الصبي المميز الدائر بين النفع والضرر:

التصرف الدائر بين النفع والضرر هو ذلك التصرف الذي لا يترتب عليه الاغتناءُ المحض أو الافتقارُ المحض، بل يحتمل أن يكون نافعا لمن يباشره ومحققا مصلحةً له، ويحتمل أن يكون ضارا به يُفَوِّتُ عليه مصلحةً ويرتّب عليه التزاماً بدون مقابلٍ، أو يَنْجم عنه خسارةٌ مالية له. فهذا التصرف يقوم على تقابُلٍ بين ما يعطيه الشخص وما يأخذه، فعند خروج مالٍ من ذمة الشخص يدخل في ذمته مقابلٌ لهذا المال.

وباعتبار هذا التصرف يقوم على التقابل بين الأخذ والعطاء، فهو لذلك يَحتمِل بطبيعته الكسبَ والخسارة. ومثاله البيع والإيجار، وغيرهما من عقود المعاوضات المالية في مختلف صورها المحتمِلة للربح والخسارة.

وهذا التصرف قابل للإبطال طبقا للمادة 111ف/2 من التقنين المدني المصري التي تنص على الآتي: « أما التصرفات المالية الدائرة بين النفع والضرر، فتكون قابلة للإبطال لمصلحة القاصر، ويزول حق التمسك بالإبطال إذا أجاز القاصر التصرف بعد بلوغه سن الرشد، أو إذا صدرت الإجازة من وليه أو من المحكمة بحسب الأحوال ». وذلك ما يُفهم من المادة 101ف/1 من تقنيننا المدني التي تقضي بأن: « يسقط الحق في إبطال العقد إذا لم يتمسك به صاحبه خلا خمس سنوات ».

وقد سبق أن رأينا أن المادة 83 من تقنين الأسرة قد نصت على أن تصرف الصبي المميز الدائر بين النفع والضرر موقوف على الإجازة لا قابل للإبطال.

فما الحكم الذي يجب أن يُعتد به؟ الوقف (طبقا للمادة 83 من تقنين الأسرة) أم القابلية للإبطال (طبقا لما يُفهم من المادة 101ف/1 من تقنيننا المدني)؟

للإجابة عن هذا التساؤل، نرى الاعتداد بنصّ المادة 101 من التقنين المدني اللذي يُفهم منه أن التصرف الدائر بين النفع والضرر قابلٌ للإبطال، وذلك لأننا هنا بصدد تعارضٍ بين نصين قانونيين يحمل كلٌّ منهما حكمًا يخالف الآخر، بحيث يستحيل الجمع بينهما.

وطالما أنّ هذين الحكمين واردِان في نصين قانونيين مختلفين لكنهما متساويان في القوة، فإننا نرى اعتبارَ النص **الأحدث** (وهو نص المادة 101 من التقنين المدني الصادر في عام 1975 المعدَّل بالقانون رقم 05–10 المؤرخ في 20 جوان 2005) **ملغياً** للنص **الأقدم** (وهو نص المادة 83 من تقنين الأسرة الصادر في 09 جوان 1984)، وهذا تطبيقاً لما نصت عليه المادة الثانية للتقنين المدني من أنه « ... لا يجوز إلغاء القانون إلا بقانون لاحق ينص

صراحة على هذا الإلغاء[1]. **وقد يكون الإلغاء ضمنيا إذا تضمن القانون الجديد نصا يتعارض مع نص القانون القديم** أو نظم من جديد موضوعا سبق أن قرر قواعده ذلك القانون القديم »[2]، وإعمالاً للمبدأ الذي يقضي بأن « **التشريع اللاحق يلغي التشريع السابق المساوي له أو الأدنى منه في القوة** »[3].

وعملاً بنص المادة الثانية تلك وبحكم هذا المبدأ، تُعتبر **فكرةُ وقف** التصرف الدائر بين النفع والضرر (الواردة في المادة 83 من تقنين الأسرة) **ملغاةً إلغاء ضمنيا** بنص المادة 101 وما بعدها من التقنين المدني.

3 – حالة وجود نص في القانون كما في حالة بطلان بيع ملك الغير:

بيع ملك الغير هو التصرف الذي يقوم بمقتضاه شخص ببيع مال معين بالذات مملوك للغير دون موافقة صاحب الشأن.

ولم يعرف المشرع الجزائري بيع ملك الغير، غير أنه نظم أحكامه في المواد 397 و398 و399 من التقنين المدني، المقابلة للمواد 466 و467 و468 من التقنين المدني المصري.

ويتضح من المادة 397 من تقنيننا المدني بأن بيع ملك الغير سبب موجب لقابلية العقد للإبطال، إذ تقضي بما يأتي: « إذا باع شخص معين شيئا معينا بالذات وهو لا يملكه فللمشتري الحق في طلب إبطال البيع... ».

ثانيا – حالات عدم سريان العقد أو عدم نفاذه:

هي حالات يكون فيها العقد موجودا بين الطرفين ولكن لا ينفذ في حق الغير. ومن أمثلة ذلك:

---

1 – وذلك بأن تصدر قاعدة تشريعية جديدة تقضي صراحةً بإلغاء القاعدة القانونية القائمة.

2 – الإلغاء الضمني هو إلغاءٌ لا يُنصّ عليه صراحةً، وإنما يُستخلص من موقف المشرع ومن ظروف الحال.

3 – وذلك رغم ما تقضي به المادة 79 من التقنين المدني، المعدَّلة بالقانون رقم 05-10 التي تنص على ما يأتي: « تسري على **القصر** وعلى المحجور عليهم وعلى غيرهم من عديمي الأهلية أو ناقصيها قواعد الأهلية المنصوص عليها في قانون الأسرة ».

فكان يُفترَض، إعمالا لحكم هذا النص، أن يطبَّق في شأن تصرفات الصبي المميز الدائرة بين النفع والضرر حكم المادة 83 من تقنين الأسرة، فتعتبر موقوفة على الإجازة لا قابلة للإبطال، وذلك **لولا إصرار المشرع على الإبقاء على نصوص التقنين المدني التي تتناول قابلية العقد للإبطال بموجب القانون رقم 05-10** المذكور.

1– حالة العقد الذي يكون قابلا للإبطال ولكن لا يكون نافذا في حق الغير، مثل عقد بيع ملك الغير الذي يكون قابلا للإبطال بين البائع والمشتري، لكنه لا ينفذ في حق المالك الحقيقي إلا إذا أقره طبقا لحكم المادة 398 من تقنيننا المدني التي تقضي بأنه: « إذا أقر المالك البيع سرى مفعوله عليه... ».

2– حالة كون العقد صحيحا بين طرفيه ولكنه لا ينفذ في حق الغير، مثل البيع في مرض الموت لأحد الورثة الذي هو صحيح بين طرفيه لكنه لا يسري في حق الورثة إلا بعد إجازتهم إياه، طبقا للمادة 408 من تقنينا المدني التي تنص على أنه: « إذا باع المريض مرض الموت لوارث فإن البيع لا يكون ناجزا إلا أقره باقي الورثة ».

3– حالة عقد المدين المعسر إضرارا بدائنه، فهو عقد صحيح بين عاقديه ولكنه لا يسري في حق الدائن إذا طعن فيه بالدعوى البوليصية، وهذا طبقا للمادة 191 من تقنيننا المدني التي تقضي بإنه: « لكل دائن حل أجل دينه، وصدر من مدينه تصرف ضار به أن يطلب عدم نفاذ هذا التصرف في حقه، إذا كان التصرف قد أنقص من حقوق المدين أول زاد في التزاماته وترتب عسر المدين أو الزيادة في عسره... ».

4 – حالة كون العقد صحيحا في ذاته لكنه لا ينتج أثرا بين أطرافه ولا يكون نافذا في حق الغير مثل العقد الذي يبرمه الوصي المتجاوز فيه حد الوصية (المادة 185 من تقنين الأسرة التي ذكرناها سابقا) والعقد الذي يبرمه الوكيل متجاوزا فيه حدود الوكالة المحددة له (المادة 575ف/1 من تقنيننا المدني، المقابلة للمادة 703ف/1 من نظيره المصري).

المطلب الثاني

شروط صحة توقف التصرف وأنواعه والحكمة منه

نتناول في هذا المطلب شروط توقف التصرف في (الفرع الأول) ونخصص لأنواع التصرف الموقوف والحكمة منه (الفرع الثاني).

الفرع الأول

شروط توقف التصرف

سبق أن ذكرنا أنه إذا اختل في التصرف شرط من شروط النفاذ، المتمثلة في الملك والولاية وتعلق حق الغير بالمعقود عليه، كان العقد موقوفا[1].

1 – انظر ما سبق في المبحث الثاني المتعلق بمشروعية العقد الموقوف.

إنّ النفاذ لا يتحقق إلا بعد استيفاء العقد لشروط انعقاده وصحته. وعليه فلكي ينتج العقد أثره ويفيد حكمه يجب أن يمر بمراحل أربعة هي: الانعقاد والصحة والنفاذ واللزوم. ولكل مرحلة شروط لا بد من توافرها. وقد رأينا أن الفقهاء الذين يعترفون بفكرة الوقف يخلصون إلى أن شروط النفاذ هي الولاية على محل التصرف والولاية على نوع التصرف، والتي يكون العقد في حال تخلفها موقوفا، أي لا ينتج أثره ولا يفيد حكمه حتى يجيزه من له حق الإجازة شرعا.

ولكن، لكي يتوقف التصرف على الإجازة في حالة تخلف شرط النفاذ يجب أن تتوفر الشروط التي نوردها تباعا: أولا: اجتياز التصرف مرحلتي الانعقاد والصحة، ثانيا: قبول التصرف للإجازة وقت صدوره، ثالثا: وجود مجيز للتصرف وقت صدوره، وفي رابعا: ألا يجد التصرف نفاذا بحق العاقد نفسه.

أولا – اجتياز التصرف مرحلتي الانعقاد والصحة[1]:

يقصد بهذا الشرط أن يكون العقد مكتملا وجوده القانوني أي سليما في أصله ووصفه، فإذا تخلف ركن من أركان العقد، كما لو كان التراضي منعدما لصدوره من صغير غير مميز أومن مجنون، أو لم يكن المحل مالا متقوما، أو كان المحل مجهولا جهالة فاحشة، أو كان السبب غير مشروع، أو لم يراع فيه الشكل الذي يوجبه القانون لانعقاده، كان هذا العقد باطلا لا وجود له ولا يكون موقوفا لأن الوقف لا يرد إلا على تصرف صحيح منعقد.

كذلك لا يكون العقد موقوفا إذا كان غير سليم في وصفه كما لو وجد فيه شرط فاسد، كمثل البائع الذي يشترط على المشتري في عقد البيع عدم ضمان الثمن إذا استحق المبيع[2].

وعليه إذا لم يجتز العقد مرحلة الانعقاد والصحة يكون باطلا غير منعقد.

ثانيا – قبول التصرف للإجازة وقت صدوره[3]:

فلكي يكون العقد موقوفا على الإجازة يجب أن يكون قابلا للإجازة وقت صدوره.

---

1 – يقول الكاساني (بدائع الصنائع، ج5، المرجع السابق، ص149) ما يلي: « ما لم ينعقد لا تلحقه الإجازة »؛ وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص ص384–385؛ صلاح الدين محمد شوشاري، المرجع السابق، ص17؛ خليفة السيسني، المرجع السابق، ص59.

2 – انظر المادة 370 من مجلة الأحكام العدلية؛ تنص المادة 371 من التقنين المدني الجزائري، التي تقابل المادة 439 من نظيره المصري، على ما يأتي: « يضمن البائع عدم التعرض للمشتري في الانتفاع بالمبيع كله أو بعضه سواء كان التعرض من فعله أو من فعل الغير يكون له وقت البيع حق على المبيع يعارض به المشتري... ». التي تقابل المادة 439 من القانون المدني المصري.

3 – ابن عابدين، حاشية رد المختار، ج 4، المرجع السابق، ص140.

ويكون الأمر كذلك إذا كان من له حق الإجازة يملك مباشرة العقد عند إصداره، كالصبي المميز الذي يقوم بتصرف دائر بين النفع والضرر أو كالفضولي الذي يتصرف في مال شخص راشد بالبيع.

إنّ هذه التصرفات كلها تنعقد موقوفة، فهي تقبل الإجازة لأن ولي المميز وكذلك المالك في بيع الفضولي يملكان إصدار هذه التصرفات ابتداء[1].

أما التصرفات غير القابلة للإجازة فهي غير منعقدة أصلا وهي باطلة، كما لو باع الصغير المميز ماله بغبن فاحش أو وهب ماله لآخر، أو كما لو وهب الفضولي مال الصغير المميز، فإن هذه التصرفات باطلة لا تقبل الإجازة لأن ولي الصغير المميز والفضولي لا يملكان مباشرة هذه التصرفات ابتداء لكونها من التصرفات الضارة ضررا محضا فلا يملكان إجازتها انتهاء[2].

ثالثا – وجود مجيز للتصرف وقت صدوره:

إنّ هذا الشرط مستمد من الفقه الحنفي[3] وقد أخذ به المالكية[4] والفقه الشافعي على المذهب القديم[5].

يشترط أن يكون للتصرف مجيز حال وقوعه لأنه إن لم يكن له مجيز فلا ينعقد التصرف ولا تلحقه الإجازة فهو باطل من أصله. وعليه فوجود المجيز حال وقوع التصرف هو شرط لانعقاد التصرف موقوفا. والمقصود بهذا الشرط هو وجود من له القدرة على إصدار التصرف بنفسه من ولي أو وصي أو من مالك.

فإذا كان التصرف صادرا من ناقص الأهلية، كالمميز والسفيه، فلابد من وجود وليه

---

1 – عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق، ج 4، المرجع السابق، ص 192؛ عيسى عبد القادر المومني، المرجع السابق، ص82.

2 – أنور سلطان، المرجع السابق، ص185.

3 – الكاساني، بدائع الصنائع، ج 5، المرجع السابق، ص149؛ محمد زكي عبد البر، المرجع السابق، ص132.

4 – الخرشي، شرح الخرشي على مختصر سيدي خليل، للعلامة ابي عبد الله محمد الخرشي، ج 5، دار صادر، بيروت، لبنان، ص292.

5 – النووي، المجموع، ج 9، المرجع السابق، ص260 حيث جاء:

« قال الشيخ أبو محمد الجوبي وحيث قلنا بالقديم فشرطه أن يكون للعقد مجيز في الحال مالكا كان أو غيره لو اعتتق عبد الصبي أو طلق امرأته لا يتوقف على إجازته بعد البلوغ بلا خلاف والمعتد اجتازه من يملك التصرف عند العقد حتى لو باع مال الطفل فبلغ وأجاز لم ينفذ ».

وقت التصرف حتى يكون موقوفا، لأن الحكمة من هذا الشرط هي أن من له مجيز حال حصول التصرف يُتصور صدور الإجازة منه في الحال أي مباشرة بعد صدور التصرف فينفذ، فيكون مرجو الفائدة إذ يمكن أن يجيزه فينفذ ويتم، بعكس ما ليس له مجيز وقت حصوله، فإنّ حصول الفائدة فيه مشكوك، ولا انعقاد مع الشك في حصول الفائدة طبقا للقاعدة القائلة « **إن ما لم يكن ثابتا بيقين لا يثبت مع الشك** »[1].

ونخلص إلى أنّ ما لم يكن له مجيز وقت وقوعه، من ولي أو وصي أو مالك، لا يكون تصرفا موقوفا ولا تلحقه الإجازة، وإنما يعتبر عقدا باطلا[2].

رابعا – ألا يجد التصرف نفاذا بحق العاقد نفسه:

إذا تم تنفيذ التصرف على العاقد نفسه، فإنه يكون نافذا بحقه فلا ينعقد موقوفا، وعندئذ لا تلحقه الإجازة، لأن الإجازة تلحق الموقوف لا النافذ. وعليه، فلكي ينعقد التصرف موقوفا على صدور الإجازة ممن شرعت له قانونا، يجب أن لا يكون نافذا بحق العاقد نفسه.

إن فقهاء الحنفية يرون أن الأصل هو أن يكون تصرف الإنسان لنفسه لا لغيره إلا إذا جعله لغيره أو أنه لم يجد نفاذا عليه لعدم الأهلية، كما لو كان الفضولي صبيا محجورا فيتوقف على إجازة الغير[3].

ففي شراء الفضولي، مثلا، إذا لم يضف الفضولي ومن تعاقد معه الشراء (أي الإيجاب والقبول) إلى المشتري له فإنه ينفذ على الفضولي، سواء وجدت الإجازة بعد ذلك من المشتري أو لا، لأن الأصل أن يكون التصرف لنفسه لا لغيره. أما إذا أضاف الفضولي والمتعاقد معه الشراء للمشتري له، أي الغير، فإنه ينصرف إليه ويتوقف على إجازته، فهنا لا يجد التصرف نفاذه بحق الفضولي نفسه فينعقد موقوفا على إجازة الغير، لأن تصرف الإنسان وإن كان له على اعتبار الأصل إلا أن له أن يجعله لغيره بحق الوكالة[4].

---

1 – جاء في در المختار لابن عابدين، ج 4، المرجع السابق، ص 142 ما يلي: « وقف بيع مال الغير لو كان الغير بالغا عاقلا فلو كان صغيرا أو مجنونا لم ينعقد أصلا...لأنه عقد لا مجيز له إذ هما ليسا من أهل الإجازة »؛ يقول عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق، ص 105، إنه « ...إذا لم ينعقد لا تلحقه الإجازة لأن الإجازة للمنعقد ».

2 – عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق، ج 4، المرجع السابق، ص 193.

3 – علي الخفيف، المرجع السابق، ص123.

4 – يقول الكاساني (بدائع الصنائع، ج5، المرجع السابق، ص150) ما يلي: « بخلاف ما لو أضاف الفضولي العقد إلى الذي اشترى له، فإنه يتوقف على إجازة المشتري له، لأن تصرف الإنسان وإن كان له على اعتبار=

أما المالكية وبعض الإمامية فيعتبرون شراء الفضولي صحيحا كبيع الفضولي، فيقف على إجازة المشتري له، فإذا أجازه نفذ وإن لم يجزه نفذ على الفضولي نفسه[1]، يستوي في ذلك أن يضيف الفضولي الشراء لنفسه أو يضيفه إلى المشتري له[2].

ولم يفرق المشرع الأردني في المادة 171 من تقنينه المدني بين شراء الفضولي وبيعه[3]، فكلا التصرفين لهما الحكم نفسه، أي يكون عقدا صحيحا موقوفا على إجازة صاحب الشأن، فإذا أجازه نفذ وإلا بطل، سواء أضاف الفضولي الشراء إلى نفسه أو أضافه إلى المشتري له. لكن يلاحظ أن المادة 850 من التقنين ذاته أوردت استثناء قررت فيه اعتبار تصرف الوكيل بالشراء في حالة تجاوزه لحدود وكالته، كما لو اشترى لموكله شيئا بمبلغ يزيد عن مقدار الثمن المحدد له أو اشترى بغبن فاحش، نافذا بحق الوكيل نفسه وليس موقوفا على إجازة الموكل[4].

خلاصة

يخلص، مما سبق تناوله في هذا المبحث، إلى أنه إضافة إلى كون العقد الموقوف منعقدا صحيحا، يجب أن يكون تصرفا مما يقبل الإجازة، وأن يكون له مجيز عند تكوينه، وأن لا يجد نفاذا على العاقد نفسه. فإذا تخلفت هذه الشروط، كان التصرف باطلا لا موقوفا، أما إذا وجد التصرف نفاذا في حق العاقد فإنه يكون حينئذ نافذا بحقه وليس موقوفا.

=الأصل، إلا أن له أن يجعله لغيره بحق الوكالة »؛ محمد بن إسماعيل الغشم، المرجع السابق، ص68؛ عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق، ج 4، المرجع السابق، ص189.

1 – يقول ابن نجيم (في البحر الرائق، ج 6، المرجع السابق، ص162) ما يأتي: « والصحيح أنه إذا أضيف العقد في إحدى الكلامين إلى فلان يتوقف على إجازة فلان وما يفهم من ذلك أن الإضافة إلى فلان وردت في الإيجاب وكان القبول مطابقا لها، أما لو أضاف البائع مثلا العقد إلى المشتري والمشتري قبل لآخر، أو أن المشتري اشترى لفلان والبائع يقول له بعت منك فإن العقد يبطل في هذه الصورة ».

2 – عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق، ج 4، المرجع السابق، ص191؛ عبد الهادي الحكيم، المرجع السابق، ص133–134؛ عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق، ص 106.

3 – تقضي المادة 171 من التقنين المدني الأردني بما يأتي: « يكون التصرف موقوف النفاذ على الإجازة إذا صدر من فضولي في مال غيره... ».

4 – تنص المادة 850 من التقنين المدني الأردني على ما يلي:

« يكون الشراء للوكيل: 1– إذا عين الموكل الثمن واشترى الوكيل بما يزيد عليه. 2– إذا اشترى الوكيل بغبن فاحش. 3– إذا صرح بشراء المال لنفسه في حضور الموكل ».

الفرع الثاني

أنواع التصرف الموقوف والحكمة منه

نكرس مضمون هذا الفرع للوقوف على أنواع التصرف الموقوف عند الفقهاء القائلين بهذا التصنيف من التصرفات، ثم نتعرض إلى الحكمة المتوخاة من وقف التصرف.

أولا – أنواع التصرف الموقوف:

فرق فقهاء الشريعة الإسلامية القائلون بفكرة التصرف الموقوف بين عدة أنواع من هذا التصرف، تتمثل في كل من:

- التصرف الموقوف الحقيقي والتصرف الموقوف المجازي.
- التصرف الموقوف من كل وجه والتصرف الموقوف من وجه دون وجه.

وسنتناول في هذا الفرع الأول أنواع التصرف الموقوف في كل من الفقه الزيدي والفقه الحنفي.

1 – في الفقه الزيدي:

يفرق الفقه الزيدي بين نوعين من التصرف الموقوف، هما: التصرف الموقوف الحقيقي والموقوف المجازي. ولا يعتد الفقه الحنفي بهذه التفرقة من هذا الوجه.

ويقول الفقه الزيدي أن التصرف الموقوف الحقيقي هو تصرف الفضولي الذي يعتبر فيه شروط التصرف الموقوف وتثبت له أحكامه، أما التصرف الموقوف المجازي فهو ما يصدر عن المالك في ملكه كتصرف المريض في ملكه وتصرف الراهن في الشيء المرهون وتصرف المحجور في ماله فهي تصرفات موقوفة مجازية وليست حقيقية[1].

ويرتب الفقه الزيدي آثارا على هذه التفرقة تتمثل في الآتي:

1– إن الإجازة في التصرف الموقوف الحقيقي تعتبر إجازة حقيقية، فهي تقرير صادر من المالك أو ممن ينوبه، وتعتبر تصرفا تاما تتوفر فيه كل الشروط، وهي تخص العقود دون الاستهلاكيات كالوقف والعتق وغيرها. أما الإجازة في التصرف الموقوف المجازى فهي مجازية لأنها إسقاط حق فقط، لأن في هذا النوع لا ملك للمجيز بل فقط حق، وعليه ليس للمحجور عليه

1 – محمد بن إسماعيل الغشم، المرجع السابق، ص68.

ولا للوارث ولا للمرتهن إلا حق مجرد، وعمل الإجازة إسقاط له. فالإجازة تلحق الاستهلاكيات كما لو وقف الراهن المرهون فأجازه المرتهن، كما أنها تجوز من المحجور.

2- إن التصرفات في التصرف الموقوف الحقيقي لا تبطل بالموت، بل تبقى قائمة كما كانت في حياة المتصرف موقوفة على إزالة المانع، فإن زال نفذت كنفاذ تصرف المريض ولو كان مستغرقا بالدين بإجازة الوارث أو سقوط الدين بعد موته. أما التصرفات في الموقوف المجازى فتبطل بالموت.

2 – في الفقه الحنفي:

يفرق الحنفية بين التصرف الموقوف من كل وجه والتصرف الموقوف من وجه دون وجه، فيرون أن تصرف الفضولي هو موقوف من كل وجه، فهو لا ينفذ في حق المتعاقدين ولا في حق المالك لأن نفاذه يشترط نقل الملكية من المالك إلى المشتري، وهذا التصرف لا يمكن إلا بإجازة المالك. وإلى جانب تصرف الفضولي، أي التصرف في مال الغير، يكون التصرف أيضا موقوفا من كل وجه في حالة تصرف ناقص الأهلية وتصرف المالك في ماله إذا تعلق به حق الغير ما عدا بيع الشيء المؤجر[1].

أما التصرف الموقوف من وجه دون وجه، مثل بيع الشيء المؤجر بدون إذن المستأجر، فهو تصرف نافذ في حق البائع والمشتري وهو غير نافذ في حق المستأجر[2].

فإذا وجد تعارض بين نفاذ التصرف وحماية الحق الذي أريد حمايته بالوقف كان التصرف موقوفا من كل وجه، أما إذا لم يوجد هذا التعارض فكان موقوفا من وجه دون الآخر.

وما يستنتج من هذا الرأي أن القاعدة هي عدم النفاذ من كل وجه والاستثناء هو النفاذ من وجه دون وجه.

ثانيا – الحكمة من وقف التصرف:

تتمثل الحكمة من وقف نفاذ التصرف في دفع الضرر، والمحافظة على أموال الناس وحقوقهم. وهذا ما سنبينه في كل من فقه الشريعة الإسلامية والقانون.

---

1 – محمد بن إسماعيل الغشم، المرجع السابق، ص ص70 –71.

2 – المادة 590 من مجلة الأحكام العدلية؛ محمد زكي عبد البر، المرجع السابق، ص143، ويقول ابن عابدين في رد المختار(ج4، المرجع السابق، ص145) ما يلي: «لو باع الدار المؤجرة والمشتري يعلم بالإجارة فإنه يملك رقبتها وتبقى منفعتها على حق البائع حتى يملكها المستأجر عليه بالاستيفاء ويكون الأجر للبائع ».

1- الحكمة من وقف التصرف في الشريعة الإسلامية:

إنّ الوقف يعد في الحقيقة سدا لباب الضرر، حيث تصان فيه حقوق من يوقف التصرف على إجازته. فمثلا، في وقف تصرف الفضولي على إجازة المالك حماية لحقه وحفاظ على ماله، فإن رأى المالك في هذا التصرف مصلحة له أجازه وإلا رده. ويطبق الأمر نفسه على كل التصرفات الموقوفة الأخرى.

وهذا يتفق مع ما تهدف إليه الشريعة الإسلامية من المحافظة على الحقوق والأموال. وقد قال الرسول صلى الله عليه وسلم « **لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفس منه** »[1].

وينتج على تراخي حكم وقف العقد حتى يجاز ممن له الحق شرعا فوائد عديدة، منها:

أ- الأصل في العقد هو اتصال الحكم بالسبب حتى ينفذ، بينما تأخير النفاذ هو لدفع الضرر عن المالك، وعليه فإن الضرر في نفاذ الملك وليس في وقفه[2].

ب- حماية الصبي المميز، ومن في حكمه كالسفيه وذي الغفلة بعد أن يحجر عليهما، حين يتصرف في أمواله تصرفا دائرا بين النفع والضرر، والمالك من تصرف الغير بماله، والمكره من التصرفات الضارة به التي وقعت في ظروف كان رضاؤه فيها معيبا.

ج- حماية الدائنين من تصرفات مدينهم المعسر التي تضر بحقوقهم.

د- حماية ورثة الموصي والدائنين من تصرفاته التي تضر بحقوقهم، كالوصية بأكثر من الثلث فإنها تنعقد موقوفة على إجازتهم.

هـ- حماية الورثة والدائنين من تصرفات المريض التي تصدر منه أثناء مرضه إضرارا بحق كل منهم.

و- حماية المستأجر والمرتهن إذا بيعت العين المستأجرة أو المرهونة، وذلك بوقف نفاذ العقد على إجازتهما محافظة على حقوق كل منهما[3].

يتبين، مما سبق، أن المشرع أراد بالحالات المشار إليها آنفا، المذكورة على سبيل الحصر، حماية فئة من الأشخاص بجعله العقد موقوف النفاذ إلى أن يعلن صاحب الشأن فيه إجازته للعقد أو رفضه، فإذا أجيز انطلقت آثاره مستندة إلى وقت انعقاده وإن رفضه بطل واعتبر منعدما.

---

1 – خليفة السيسني، المرجع السابق، ص61؛ مصطفى أحمد الزرقاء، المرجع السابق، ص737.

2 – جاء في فتح القدير لابن الهمام (ج 5، المرجع السابق، ص316) ما يلي: « الأصل اتصال الحكم بالسبب والتأخير بدفع الضرر عن المالك والضرر في نفاذ الملك لا في توقفه ».

3 – عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق، ص109.

2 – الحكمة من تقرير دعوى الإبطال في القانون:

إنّ الهدف من تقرير حق الإبطال هو حماية أحد المتعاقدين، فيكون لأحد المتعاقدين فقط الحق في التمسك بحق الإبطال طبقا للمادة 99 من التقنين المدني الجزائري التي تنص على أنه « إذا جعل القانون لأحد المتعاقدين حقا في إبطال العقد، فليس للمتعاقد الآخر أن يتمسك بهذا الحق ».

فإذا كان سبب القابلية للإبطال هو نقص أهلية أحد المتعاقدين أو عيب من عيوب الإرادة، فإنه يكون للمتعاقد ناقص الأهلية أو المتعاقد الذي شاب إرادته أحد عيوب الإرادة دون المتعاقد الآخر أن يطلب الحكم بالإبطال، كما يجوز لنائبه القانوني، من ولي أو وصي، أن يرفع دعوى إبطال العقد الذي أبرمه القاصر.

كما تكمن الحكمة من حق الإبطال في حماية الغير الذي له حق على موضوع التصرف، مثل الخلف العام الذي له الحق في إبطال العقد بعد وفاة مورثه، وكذلك لو تصرف المتعاقد الذي تقرر حق الإبطال لمصلحته في العين محل التصرف إلى الخلف الخاص، فإن الخلف الخاص يكتسب حقا مباشرا فيها بالعقد القابل للإبطال باعتباره من مكملات الحق الذي تلقاه من سلفه (المادة 109 من تقنيننا المدني المقابلة للمادة 146 من نظيره المصري).

أما الحكمة من عدم نفاذ التصرف في حالات عدم السريان فهي حماية الغير من النتائج المترتبة على التصرفات التي لم يكون الغير طرافا فيها[1]، مثل حماية المالك من بيع الغير لملكه، وحماية الدائنين للتصرفات الضارة التي يبرمها المدين المعسر إضرارا بهم.

خلاصة:

نخلص، مما سبق، إلى أن العقد الموقوف يحقق حماية لمن قصد حمايتهم ويمنع الضرر أكثر مما يحققه العقد القابل للإبطال أو العقد غير الساري أي غير النافذ المعروفة في القانون، لأن العقد الموقوف لا ينفذ إلا بالإجازة، ومنه فلا يتحقق ضرر من الوقف على خلاف العقد القابل للإبطال الذي ينفذ حتى يطلب إبطاله ممن له المصلحة، ومنه فلا يحقق الحماية التي يعرفها العقد الموقوف.

1 – جميل الشرقاوي، المرجع السابق، ص143.

الفصل الثاني

حكم العقد الموقوف

التصرف الموقوف تصرف صحيح ومنعقد، إلا أنه لا ينتج أثره في الحال فهو موقوف إلى غاية إجازته أو رفضه: فإذا كان بيعا لملك الغير فلا يترتب عليه نقل ملكية المبيع والثمن، فيتوقف العقد بالنسبة إلى كل من البائع الفضولي والمشتري والمالك، وإذا كان التصرف صادرا من الصبي المميز في التصرفات الدائرة بين النفع والضرر فإنه ينعقد موقوفا على إجازة الولي أو الوصي ولا ينفذ قبلها، وإذا كان تصرفا في مال تعلق به حق الغير كتصرف المدين الراهن في العين المرهونة فيتوقف نفاذه على إجازة الدائن المرتهن لتعلق حقه بالعين المبيعة فإذا أجازه نفذ وانتقل حقه إلى بدله، وإذا كان نكاحا فلا يحل به الاستمتاع[1] ولا يوجب النفقة ولا المهر ولا توارث بين المتعاقدين.

وللوقوف على حكم العقد الموقوف، أي آثاره، يتعين علينا البحث عن حكم هذا العقد في مراحل ثلاثة من وجوده: المرحلة الأولى هي ما قبل ورود الإجازة عليه، المرحلة الثانية هي ما بعد تحقق الإجازة والمرحلة الثالثة هي حكم هذا العقد في حالة رفضه ممن خول له كل من حق إجازته وحق رفضه. ونخصص لدراسة هذه المسائل مباحث ثلاثة.

المبحث الأول

حكم العقد الموقوف قبل ورود الإجازة عليه

الأصل في التصرف الموقوف أنه يظل موقوفا إلى أن يتبين مصيره، إما بالإجازة من صاحب الشأن فينفذ ويستقر بشكل نهائي، وإما بالرفض والرد مِنْ قِبل من له الإجازة فيزول.

ولما كان العقد الموقوف منعقدا وصحيحا ولكن آثاره غير نافذة في الحال فقد تلحقه عوارض قد تؤثر على وجوده، فقد يفسخ العقد من أحد المتعاقدين الذي خوله الشارع هذا

1 – ورد في فتح القدير لابن الهمام (ج 5، المرجع السابق، ص314) ما يلي: « إذْ لا طلاق ولا توارث إلا في الزواج الصحيح النافذ، وكذلك لا تجب نفقة ولا طاعة فإذا حصل الدخول فيه قبل الإجازة أخذ حكـم الزواج الفاسد بعد الدخول إذا لم يجز »؛ ويقول عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق، ص178، أنه « ... إذا كان زواجا فلا يترتب عليه شيء من الآثار الشرعية قبل الإجازة فيحرم على الزوج أن يدخل بزوجته ولا يقع فيه طلاق ولا ينشأ عنه توارث بين الزوجين إذ لا طلاق ولا توارث إلا في الزواج الصحيح النافذ وكذلك لا تجب نفقة ولا طاعة... ».

الحق أو رفضه من قبل من تقرر الوقف لمصلحته، وقد يقوم المتعاقدان بتنفيذه، ولكن قد يهلك المحل المعقود عليه أو يتوفى أحد المتعاقدين أو المجيز أو يطرأ ملك بات على المحل الموقوف، وقد لا تحدث الإجازة. ولكل من هذه الحالات تأثير على العقد الموقوف.

إنّه خلال فترة توقف العقد، أي في الفترة ما بين انعقاده وبين حصول الإجازة، قد تلحقه أمور من شأنها أن تؤثر على وجوده. وتتمثل هذه الأمور في كل من:

- فسخ العقد قبل ورود الإجازة عليه.
- طروء الملك البت على الملك الموقوف.
- هلاك المحل المتصرف فيه وبدله قبل الإجازة.
- وفاة أحد أطراف التصرف أو المجيز قبل الإجازة.

فما هو مصير العقد الموقوف حينئذ؟

نحاول الإجابة عن هذا التساؤل بالرجوع إلى أحكام كل من فقه الشريعة الإسلامية والقانون في شأن كل من الأمور الأربعة المذكورة آنفا التي قد تطرأ على العقد الموقوف قبل أن تلحقه الإجازة.

المطلب الأول

فسخ التصرف الموقوف وأثره عليه

قد يقوم أحد المتعاقدين بفسخ العقد الموقوف قبل إجازته، فما هو حكمه؟

للإجابة عن هذا السؤال، نستعرض مسألة فسخ العقد الموقوف في فقه الشريعة الإسلامية أولا، ثم نعالج ما يقابله في القانون وموقف القوانين التي لا تعرف فكرة العقد الموقوف، في الفرعيين التاليين:

الفرع الأول

فسخ العقد الموقوف قبل الإجازة في الشريعة الإسلامية

لما كان العقد موقوف النفاذ قبل أن يجاز فهو أيضا قابل للفسخ. ولم يتفق فقهاء الشريعة الإسلامية على قاعدة يحدد فيها من يثبت له حق فسخ العقد الموقوف قبل الإجازة. ونتولى، هنا، بيان رأي كل من الفقه الحنفي والفقه المالكي بمناسبة **تصرف الفضولي وتصرف ناقص الأهلية وتصرف الراهن والمؤجر في بيع المرهون والمستأجر.**

أولا – بالنسبة إلى تصرف الفضولي:

1– في المذهب الحنفي:

يثبت حق الفسخ في هذا المذهب لكل من الفضولي والمتعاقد معه والمالك:

– **فثبوته للفضولي،** حتى يدفع الحقوق عن نفسه قبل ثبوتها[1]، لأنه بإجازتها يصبح في منزلة الوكيل، وهذا بالنسبة فقط إلى التصرفات التي ترجع إليه، بخلاف التصرفات التي يكون فيها معبرا فقط كالنكاح فلا ترجع حقوق العقد إليه لأنه بعد خروج تعبيره يصبح أجنبيا عن العقد، وليس له حق الفسخ[2].

– **أما ثبوته للمتعاقد مع الفضولي،** فحتى لا يلزمه العقد.

– **وأما ثبوته للمالك،** فلكي لا يخرج الشيء من ملكه بغير رضاه[3].

ويلاحظ أن الزيديين يرون ثبوت حق الفسخ لكل من المالك والفضولي وللمتعاقد معه، سواء في النكاح أو البيع أو أي عقد موقوف.

2– في المذهب المالكي:

يرى فقهاء هذا المذهب أنه ليس للفضولي ولا للمتعاقد معه حق فسخ العقد ما عدا المالك الذي له الخيار بين إجازة العقد أو فسخه، شريطة ألا يكون البيع تم بحضرته لأنه لو تم بحضرته يكون البيع لازما له للسكوت الملابس، ويكون أيضا لازما من جهة المالك إذا

---

1 – يقول الكاساني في بدائع الصنائع (ج5، المرجع السابق، ص151) ما يلي: « ولو فسخه البائع (الفضولي) قبل الإجازة انفسخ واسترد المبيع إن كان قد سلم ويرجع المشتري بالثمن على البائع إن كان قد دفعه، وكذا إذا فسخه المشتري ينفسخ... لأن البيع الموقوف لو اتصلت به الإجازة فالحقوق ترجع إلى العاقد فهو بالفسخ يدفع العهدة عن نفسه فله ذلك بخلاف النكاح لأن الحقوق في باب النكاح لا ترجع إلى العاقد بل هو سفير ومعبر فإذا فرغ عن السفارة والعبارة التحق بالأجانب ويطالب الفضولي بالتسليم ويحاكم بالعيب وقد يكون في ذلك ضرر به فله دفعه قبل ثبوته ».

2 – جاء في البحر الرائق لابن نجم (ج 6، المرجع السابق، ص161) أنه: « ...بخلاف الفضولي في النكاح ليس له أن يفسخ بالقول ولا بالفعل لأنه معبر محض فبالإجازة تنتقل العبارة إلى المالك فتصير الحقوق منوطة به لا بالفضولي »؛ طاهر خليفة السيسني، المرجع السابق، ص62 جاء فيها: « وإذا حصل الدخول فيه قبل الإجازة، أخذ حكم الزواج الفاسد بعد الدخول إذا لم يجز فتترتب عليه الآثار التالية: أ– وجوب الأقل من المسمى ومهر المثل، ب– ثبوت نسب الولد إذا حصل حمل من هذا الدخول، جـ – وجوب العدة بعد التفريق بين المرأة وزوجها، د – حرمة المصاهرة ».

3 – الكاساني، بدائع الصنائع، ج5، المرجع السابق، ص ص151–152.

كان في غيابه ولكن بلغه أن ملكه قد بيع بدون إذنه فسكت عاما من وقت علمه فسقط حقه[1]. وبذلك يختلف الأمر في المذهب المالكي عن المذهب الحنفي.

ويستنتج مما سبق أن حق الفسخ يظل قائما ما دام التصرف الموقوف قائما لم يُجز ولم يُرد[2].

ثانيا – بالنسبة إلى تصرف ناقص الأهلية:

1- في المذهب الحنفي:

ليس لناقص الأهلية، من صبي مميز ومن في حكمه، ولا للمتعاقد معه حق فسخ العقد الذي أبرماه. فلا يجوز فسخ العقد ولا الرجوع فيه لا من المشتري ولا من ناقص الأهلية، بل عليهما أن يتربصا بالبيع إجازة الولي، فإن أجاز العقد نفذ البيع وإن لم يجزه بطل.

أما الولي فله الخيار في إجازة العقد فينفذ أو رفضه فيزول[3].

2- في المذهب المالكي:

يخالف الفقه المالكي ما جاء به الحنفية، فليس لناقص الاهلية أو من تعاقد معه خيار فسخ العقد، لان العقد فيظل لازما للمتعاقدين إلى أن يجاز ممن له الشأن في إجازته أو رده، فإن جازه سرت آثاره في حق الجميع وإن رد بطل[4].

وبالمقارنة بين كل من الفقه الحنفي والمالكي بخصوص ما سبق، نرى أن ما جنح إليه الحنفية أقرب إلى الصواب وأولى بالاتباع لأن في تقرير حق الفسخ لكل من الفضولي والمشتري والمالك الحقيقي تحقيقا الحماية لهذا النوع من التصرفات: فمن جهة، إن عدم لزوم العقد في حق المشتري يحقق له دفع العهدة والحقوق قبل لزومها عن الفضولي، ومن جهة أخرى، يحقق عدم خروج ملك المالك الحقيقي دون رضاه، وهو مبدأ يتفق مع مبدأ الرضائية الذي هو أصل عام في جميع العقود.

---

1 – الشرح الكبير على حاشية الدسوقى للدردير، ج 3، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، ص12 جاء فيها: « ... ومحل كونه منحلا من جهة المالك إذا لم يكن البيع بحضرته وإلا كان البيع لازما من جهته أيضا، وكذا بغيرها إذا بلغه ذلك وسكت عاما ولا يعذر بجهل في سكوته إذا ادعاه ومحل مطالبة الفضولي بالثمن ما لم يمض عام فإن مضى وهو ساكت سقط حقه هذا أن بيع بحضرته وأن بيع بغيرها ما لم تمض مدة الحيازة عشرة أعوام ».

2 – سنفصله لما نتناول موضوع مدة الإجازة والآراء الفقهية التي تحاول وضع حد لفترة التوقف.

3 – عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج4، المرجع السابق، ص181.

4 – القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج2، المرجع السابق، ص ص282-283.

ثالثا – تصرف الراهن والمؤجر في بيع المرهون والمستأجر:

1- في الفقه الحنفي:

ليس للمدين الراهن حق فسخ البيع الذي صدر منه للمشتري لكونه لازما له، أما المشتري المتعاقد معه فله حق الفسخ، سواء علم بالرهن أم لا، وهذا على قول أبي حنيفة وهو الراجح في المذهب، أما على قول أبي يوسف فليس له حق الفسخ إلا إذا كان لا يعلم بالرهن. أما المرتهن فله حق الإجازة دون حق الفسخ حسب الرأي الراجح في المذهب الحنفي، فإن أجاز المرتهن العقد نفذ في حق الجميع وإن لم يجزه فلا يفسخ فيبقى موقوفا إلى إن تلحقه الإجازة أو ينقضي الدين أو يفسخه المشتري، وذلك مع الإشارة إلى أن هناك قول آخر في هذا المذهب ينادي بفسخ العقد[1].

أما بالنسبة إلى بيع الشيء المستأجر، فليس للمستأجر ولا للمؤجر حق الفسخ قبل الإجازة لأنه لازم بحقهما، وإنما للمستأجر حق إجازة التصرف، فإن فعل ذلك نفذ التصرف في حق الجميع (أي المؤجر والمستأجر والمشتري) وإذا لم يجزه بقي التصرف موقوفا إلى أن يجيزه صاحب الشأن فيصبح التصرف نافذا. أما المتعاقد معه (المشتري) فيثبت له حق الفسخ، سواء كان عالما بالإجازة أو غير عالم بها[2].

2- في الفقه المالكي:

يتوقف بيع الشيء المرهون على رضا المرتهن الذي له الخيار في إجازة العقد أو رده، غير أن الرد لا يقع إلا في حالات ثلاث هي[3]:

أ – حالة بيع المرهون بأقل من الدين ولم يكمل الراهن له دينه، فإن أكمله له فلا رد له.

ب- حالة بيع المرهون بغير جنس الدين ولم يقدم الراهن برهن ثقة بدل الأول، فلا رد له، وإن أتى به فلا رد له ويبقى الدين لأجله.

ج- حالة كون الدين مما لا يعجل كعرض من بيع وإلا فلا رد له ويعجل دينه، أما إذا باعه قبل قبض المرتهن له بتفريط من المرتهن فإن البيع يمضي، وإن لم يفرط فله تأويلان الأول له الإمضاء وجعل الثمن رهنا والثاني له الرد[4].

---

1 – ابن نجيم الحنفي، البحر الرائق، ج5، المرجع السابق، ص281.

2 – حاشية ابن عابدين، ج4، المرجع السابق، ص138.

3 – الدسوقي، الشرح الكبير، ج3، المرجع السابق، ص12.

4 – ورد في المرجع السابق، ص12 ما يلي: « أما لو باعه الراهن قبل حوزه مضى بيعه إن فرط مرتهنه ولا يلزم =

الفرع الثاني

فسخ العقد الموقوف قبل الإجازة في القانون

نتناول هذا الموضوع بالنسبة إلى أهم التصرفات الموقوفة في ظل قوانين الدول العربية التي أخذت بنظرية العقد الموقوف، ونجري مقارنة بينها وبين بعض القوانين التي لم تأخذ بها.

أولا – موقف القوانين التي تعرف فكرة العقد الموقوف:

1- بالنسبة إلى تصرف الفضولي:

قرر المشرع الأردني أن يكون حق الفسخ في العقد الموقوف لمن خوله القانون، وقد جاء في المذكرة الإيضاحية لتقنينه المدني ما يلي:

« لذلك رؤي أن يكون النص أن لا يكون لأحد حق الفسخ إلا من خوله القانون هذا الحق ومحل ذلك كل عقد بعدا بالأحكام عن التفصيلات »[1]، ومن أمثلتها:

أ- **بيع الفضولي:** الذي يثبت للمشتري خيار الفسخ قبل أن تلحقه الإجازة من المالك لأنه عقد غير لازم له. أما الفضولي فالعقد لازم له فليس له حق فسخه، أما المالك فله الخيار في إجازته أو رده، طبقا لحكم المادة 550ف/1 التي تنص على الآتي:

« إذا باع شخص ملك غيره بغير إذنه جاز للمشتري أن يطلب فسخ البيع ».

= الراهن دفع بدله وإن لم يفرط فتأويلان بالرد والإمضاء وجعل الثمن رهنا وإلى هذا كله وأشار المصنف في الرهن بقوله ومضى بيعه قبل قبضه وإن فرط مرتهنه وإلا فتأويلان وبعده فله رده إن بيع أقل أو دينه عرضا وإن تعجل ما انتهى ».

1 – المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني، ج 1، ص194؛ وكذلك أخذت المذكرة الإيضاحية لقانون المعاملات المدنية الإماراتي بالحكم نفسه في الصفحة 189، إلا أن المشرع الإماراتي في بيع ملك الغير لم يجعل للفضولي خيار فسخ العقد بل جعل العقد لازما له، أما المشتري فله خيار الفسخ قبل أن يعلن المالك عن إجارته طبقا للمادة 606 التي جاء فيها: « إذا أقر المالك البيع سرى العقد في حقه ونفذ في حق المشتري ».
بينما العقد القابل للإبطال الذي يعرفه كل من القانون الجزائري والمصري هو عقد ملزم للجانبين ومنتج لآثاره حال انعقاده كالعقد الصحيح، غير أنه قابل للإبطال لمصلحة صاحب الشأن، فإذا لم يوف أحد المتعاقدين بما أوجبه العقد من التزامات، جاز للمتعاقد الآخر بعد إعذار المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه (المادة 119 من التقنين المدني الجزائري المقابلة للمادة 157 من نظيره المصري)، ولهذا، فإن العقد هنا، يخضع لجزائين يختلفان في أساسهما القانوني وهما الإبطال والفسخ، انظر في ذلك: عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، ص616 وما يليها.

أما المشرع الإماراتي فذكر في المادة 606 من قانون المعاملات المدنية ما يلي: « إذا أقر المالك البيع سرى العقد في حقه ونفذ في حق المشتري ». ومن ذلك يتضح أنه لم يجعل للفضولي في بيع ملك الغير الخيار في فسخ العقد بل جعل العقد لازم له، أما المشتري فله الحق في الفسخ لكن قبل أن يعلن المالك عن إجازته.

ب- إيجار الفضولي: لم يعطى المشرع، لا للفضولي ولا للمتعاقد معه حق فسخ العقد الموقوف في إيجار الفضولي قبل أن يجزه المالك. أما المالك فيثبت له كل من حق الإجازة وحق الرد، طبقا للمادة 660 من التقنين المدني، المقابلة للمادة 744 من قانون المعاملات المدنية الإماراتي، والتي تقضي بما يأتي:

« 1- يلزم لنفاذ العقد أن يكون المؤجر أو من ينوب منابه مالكا حق التصرف فيما يؤجره. 2- ينعقد إيجار الفضولي موقوفا على إجازة صاحب حق التصرف بشرائطها المعتبرة ».

2- بالنسبة إلى تصرف ناقص الأهلية:

إنّ التصرف الذي يعقده القاصر المميز، أو من في حكمه كالسفيه وذي الغفلة والمعتوه المميز، يكون غير قابل للفسخ من ناقص الأهلية أو من المتعاقد معه، وإنما يكون للولي والوصي وناقص الأهلية بعد اكتمال أهليته الحق في الإجازة أو الرفض[1].

3- بالنسبة إلى عقد المكرهَ:

يقتصر حق الفسخ في عقد المكره على المكره أو ورثته بعد وفاته، وهذا دائما بعد زوال الإكراه عنه، أما المتعاقد معه فلا يتقرر له هذا الحق لأنه لم يفت رضاه، حيث تنص المادة 141 من التقنين المدني الأردني على أن: « من أكره بأحد نوعي الإكراه على إبرام عقد لا ينفذ، ولكن لو أجازه المكره أو ورثته بعد زوال الإكراه صراحة أو دلالة **ينقلب** صحيحا ».

4- بالنسبة إلى بيع المرهون رهنا حيازيا:

إنّ عقد بيع العين المرهونة رهنا حيازيا غير قابل للفسخ من طرف المرتهن بعد القبض

1 – انظر المادتين 118ف/1 و129 من التقنين المدني الأردني. وتنص المادة 134 من التقنين نفسه على أنه: « يجوز لناقص الأهلية إبطال العقد »، وهي تقابل المادة 101 من التقنين المدني الجزائري والمادة 119 من التقنين المدني المصري. غير أنه يعاب على المشرع الأردني، الذي يأخذ بالعقد الموقوف، أنه استعمل صياغة **إبطال العقد** على حق ناقص الأهلية في **رفض العقد** الذي هو طرف فيه، وهو مصطلح خاص بالعقد القابل للإبطال، وعليه يمكن إعادة صياغة هذه المادة كالتالي: « يجوز لناقص الأهلية **رفض العقد** بعد اكتمال أهليته ».

لأنه بحيازته العين المرهونة لم يؤثر البيع على الحيازة، فيظل هذا التصرف بالبيع غير نافذ في حقه وإن جاز له حق الإجازة، فإذ أجازه أصبح البيع نافذا في حق الجميع وعليه ينتقل الرهن إلى الثمن، لكن إذا رفضه ورده ظل التصرف موقوفا إلى أن يجيزه صاحب الشأن أو أن يتم وفاء الدين[1]. أما المتعاقد معه بالرهن فالعقد لازم له، ولذلك ليس له حق الفسخ طبقا للمادة 1386 من التقنين المدني الأردني. وإذا فسخ العقد الموقوف في فترة توقفه أو تم رفضه، فإنه يزول عنه وصف الوقف الذي كان قائما من قبل حيث يجعله كأن لم يكن[2].

5- بالنسبة إلى بيع المريض مرض الموت:

يثبت حق الفسخ في بيع المريض مرض الموت للورثة، إذا كانت التركة المخلفة غير مستغرقة بالديون وكان التصرف فيها لوارث أو لغير وارث، إذا تجاوزت قيمة المبيع الثمن بثلث التركة داخلا فيها المبيع، ولم يكمل المشتري النقص، طبقا للمادتين 544ف /1 و545ف/2 من التقين المدني الأردني. كما يثبت حق الفسخ كذلك للدائن إذا تم البيع بأقل من ثمن المثل، ولو كان بغبن يسير، ولو كانت التركة مستغرقة بالديون ولم يكمل المشتري النقص طبقا لنص المادة 546 من التقنين ذاته.

لكن إذا تصرف المشتري في المبيع تصرفا وأكسب الغير حسن النية حقا على المبيع مقابل عوض سقط حق الفسخ في جميع الأحوال السابقة، وذلك طبقا للمادة 547ف/1 من التقنين نفسه.

أما المتعاقد مع المريض فليس له حق الفسخ في جميع الحالات السابقة.

ثانيا – موقف القوانين التي لا تعرف فكرة العقد الموقوف – القانون المصري والقانون الجزائري نموذجا:

لا يأخذ القانون المدني المصري بالعقد الموقوف بل يأخذ بفكرة العقد القابل للإبطال وهو عقد ملزم للجانبين ومنتج لآثاره حال انعقاده كالعقد الصحيح، غير أنه مهدد بخطر

---

1 – المادة 182 من قانون المعاملات المدنية الإماراتي؛ وهبة الزحيلي، العقود المسماة، المرجع السابق، ص369.

2 – تنص المادة 1386 من القانون المدني الأردني على ما يلي: « 1- لا يجوز للراهن أن يتصرف في المرهون حيازيا تصرفا قابلا للفسخ مثل البيع والإجارة والهبة إلا بقبول المرتهن. 2- فإذا كان التصرف بيعا فإن حق المرتهن ينتقل إلى الثمن المرهون »؛ وجاء في البحر الرائق لابن نجيم (ج6، المرجع السابق، ص246) ما يلي: « وقيد بالمالك في قوله (فللمالك أن يفسخه أو يجيزه لأن للفضولي فسخه فقط حتى لو أجازه المالك لا ينفذ لزوال العقد الموقوف ».

الإبطال لمصلحة صاحب الشأن، فإذا لم يقم أحد المتعاقدين بما ألزمه العقد من التزامات جاز للمتعاقد الآخر، بعد إعذار المدين، أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه[1].

فإذا كان التصرف عقد بيع ملك الغير، مثلا، فإن العقد ينتج جميع آثاره إلا الآثار التي يحول دون قيامها عدم ملكية البائع للمبيع، فيلتزم البائع فيها بنقل ملكية المبيع إلى المشتري، ويلتزم بتسليم المبيع وبضمان الانتفاع به في مقابل التزام المشتري بدفع الثمن وتحمل نفقات العقد وبتسلم المبيع، كما يجوز له مطالبة البائع بالتسليم في مقابل حق البائع في مطالبة المشتري بدفع الثمن وبتسلم المبيع مادام لم يحكم ببطلان البيع[2].

ويترتب على ذلك أنه إذا لم يقم أحد المتعاقدين في عقد بيع ملك الغير القابل للإبطال، بحسب نص المادة 466 من التقنين المدني المصري، بتنفيذ العقد فإنه يجوز للطرف الآخر أن يطلب إبطال العقد وفقا للمبادئ العامة المقررة في المادة 157 التي تقضي:

« 1 – في العقود الملزمة للجانبين، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد إعذاره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو بفسخه، مع التعويض في الحالتين إن كان له مقتض.

2 – ويجوز للقاضي أن يمنح المدين أجلا إذا اقتضت الظروف ذلك، كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى الالتزام في جملته ».

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري حذا في التقنين المدني حذو المشرع المصري الذي قرر أن بيع ملك الغير لا ينفذ في حق المالك إلا إذا أقره.

وبذلك يكون قد أخذ بفكرة قابلية عقد بيع ملك الغير للإبطال، بموجب نص المادة 397 من التقنين المدني التي تنص على ما يأتي: « إذا باع شخص شيئا معينا وهو لا يملكه

1 – تنص المادة 119ف/1 من التقنين المدني الجزائري على أنه: « في العقود الملزمة للجانبين، إذا لم يوفي أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد إعذاره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه، مع التعويض في الحالتين إذا اقتضى الحال ذلك ».

2 – جاء في نص المادة 699 من القانون المدني المصري ما يلي: « ويترتب على التزام بائع ملك الغير بالضمان، أنه لا يجوز له أن يتعرض للمشتري في انتفاعه بالعين المبيعة ولا إن يستردها منه بحجة التزامه بردها إلى مالكها أو بحجة استحقاقه لها بعد البيع من طريق الإرث أو الوصية أو غيرهما لأن من التزم بالضمان لا يجوز منه التعرض ».

فللمشتري الحق في طلب إبطال البيع، ... »[1].

وقد أشرنا فيما سبق، إلى أن المشرع الجزائري أخذ في المادة 83 من تقنين الأسرة بفكرة العقد الموقوف بمناسبة تصرفات الصبي المميز الدائرة بين النفع والضرر، إذ نصت على أن: « من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد طبقا للمادة 43 من القانون المدني تكون تصرفاته نافذة إذا كانت نافعة له، وباطلة إذا كانت ضارة به **وتتوقف على إجازة الولي أو الوصي فيما إذا كانت مترددة بين النفع والضرر**، وفي حالة النزاع يرفع الأمر للقضاء ».

المطلب الثاني

طروء الملك البات على الملك الموقوف

لما كان العقد الموقوف يستغرق وقتا قبل تحديد مصيره إما بإجازته أو رده، فقد يطرأ عليه في فترة وقفه ملك بات، كأن يصبح الفضولي مالكا للمبيع، سواء عن طريق الإرث أو الشراء أو الصدقة أو الهبة، **فما هو أثر ذلك على العقد؟ فهل يبقى موقوفا أم يصبح نافذا أم يصير باطلا؟**

للإجابة عن هذا التساؤل، سنبين موقف الفقه الإسلامي من المسألة المطروحة (الفرع الاول)، ثم نستعرض موقف القوانين العربية التي اعتنقت نظرية العقد الموقوف (الفرع الثاني).

الفرع الأول

طروء الملك البات على الملك الموقوف في الفقه الإسلامي

لم تجتمع الآراء الفقهية الإسلامية في تحديد مصير العقد الموقوف بعد طروء الملك البات في فترة إيقافه. وسنحاول، فيما يلي، الوقوف على مجمل هذه الآراء.

الرأي الأول: رأي الحنفية ومن وافقهم

ترى أكثرية فقهاء الحنفية أنه إذا طرأ ملك بات على ملك موقوف أبطله لعدم تصور

1 – تنص المادة 1599 من التقنين المدني الفرنسي على أن: « بيع ملك الغير باطل ويكون هناك محل للتعويضات إذا كان المشتري يجهل أن العين مملوكة للغير ». ويلاحظ أن هذا النص لم يبين طبيعة البطلان، فهل هو بطلان مطلق أم هو بطلان نسبي. وإن كان القضاء يعتبره نسبيا فقط.

(La vente de la chose d'autrui est nulle : elle peut donner lieu à des dommages–intérêts, lorsque l'acheteur a ignoré que la chose fut à autrui).

اجتماع الملك البات مع الملك الموقوف[1]. فإذا صار الفضولي، مثلا، مالكا للمبيع بعد صدور البيع منه فإن بيعه يبطل، أو كان تملكه للمبيع بأي سبب آخر من أسباب الملكية كالميراث أو الهبة أو الصدقة. وللفضولي، بعد أن أصبح مالكا، أن ينقل الملك إلى المشتري بعقد جديد لا بإجازة العقد السابق.

وقد وافقهم في هذا الرأي كل من الشافعية[2] والحنابلة[3] الذين يرون بأنه ليس للمالك الجديد، الذي انتقل إليه الملك الموقوف بإرث أو بغيره، إجازة العقد، بل يبطل العقد بمجرد نقل ملكية المعقود عليه إلى غير مالكه وقت العقد.

ويذهب رأي آخر لدى الحنفية والإمامية[4] إلى أنه إذا طرأ ملك بات على ملك موقوف يتحول العقد الموقوف إلى نافذ منذ نشأته لأن المانع من النفاذ وهو احتمال عدم رضا المالك قد زال بكسب البائع ملكية المبيع.

الرأي الثاني: رأي المالكية وبعض الإمامية[5]

لهؤلاء الفقهاء رأيان:

– حالة تملك البائع الشيء المبيع بواسطة الإرث، فهنا ينتقل الإرث له ويجوز له أن

---

1 – ابن نجيم، البحر الرائق، ج6، المرجع السابق، ص253 ورد فيه:
« والملك البات إذا ورد على ملك موقوف أبطله وكذا لو وهبه مولاه للغاصب أو تصدق عليه أو مات فورثه فهذا كله يبطل الموقوف »،
الكاساني، بدائع الصنائع، ج5، المرجع السابق، ص15؛
عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق، ج4، المرجع السابق، ص ص202–209؛
عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق، ص189.

2 – النووي، المجموع، شرح المهذب، ج9، المرجع السابق، ص314 جاء فيه أنه: « لو باع ملك الغير ثم ملكه البائع وأجاز لم ينفذ قطعا ».

3 – ورد في المغني لابن قدامة المقدسي (ج 7، المرجع السابق، ص367) ما يلي: « ومتى تزوجت الأمة بغير إذن سيدها ثم خرجت من ملكه قبل الإجازة إلى من تحل له انفسخ النكاح قد طرأت استجابة صحيحة على موقوفة فأبطلتها ولأنها أقوى فأزالت الأضعف ».

4 – عبد الهادي الحكيم، المرجع السابق، ص252؛ جاء في حاشية ابن عابدين (ج 4، المرجع السابق، ص642) ما يلي: « ... الأصل أن من باشر عقدا في ملك الغير ثم ملكه نفذ لزوال المانع كالغاصب باع المغصوب ثم ملكه ».

5 – جاء في حاشية الدسوقي للدسوقي (ج3، المرجع السابق، ص11) ما يلي: « وللغاصب إذا باع المغصوب قبل ملكه من ربه نقض بيع ما باعه أو وهبه أو أعتقه أو يوقفه إن ورثه من المغصوب منه لانتقال ما كان لمورثه له لا إن اشتراه من المغصوب منه بعد أن باعه أو ملكه بهبة أو صدقة من المغصوب منه فليس له النقض ».

ينقض البيع الذي عقده قبل أن يتملك المبيع، كما يجوز له أن يجيزه ولا يؤثر في توقف العقد.

– حالة تملك المبيع بسبب آخر غير الميراث، كالشراء أو الهبة أو الصدقة، فلا يجوز له نقض العقد، وإنما يتحول العقد الموقوف إلى نافذ أي أن تصرفه ينفذ بمجرد نقل ملكية المعقود عليه إليه[1].

ولعل العلة في التفرقة بين الميراث والشراء ونحوه، أن الميراث انتقل إليه بعمل غير إرادي، فكان لمورثه النقض والإجازة، بخلاف انتقاله إليه بغير الإرث الذي هو عمل إرادي واختياري فلم يكن له نقضه.

الفرع الثاني

طروء الملك البات على الملك الموقوف في القانون المدني

لم تعتنق القوانين العربية التي أخذت بنظرية العقد الموقوف القاعدة التي اعتمدها الأحناف ومن وافقهم في ذلك التي مفادها أنه إذا طرأ ملك بات على ملك موقوف أبطله، بل إنها أخذت بالرأي القائل بنفاذ البيع السابق من تاريخ نشأته.

أولا – التقنين المدني الأردني وقانون المعاملات المدنية الإماراتي:

تنص المادة 551ف/1 من هذا التقنين على ما يأتي: « وينقلب صحيحا في حق المشتري إذا آلت ملكية المبيع إلى البائع بعد صدور العقد ».

يخلص من هذا النص أن بائع الشيء المملوك للغير إذا تملك المبيع بعد صدور العقد بأي سبب من أسباب اكتساب حق الملكية، كالشراء أو الإرث أو الهبة أو التصدق، فإن البيع السابق يصير نافذا لا باطلا. ولكن يؤخذ على المادة السابقة أن المشرع الأردني لم يكن موفقا في صياغة هذه الفقرة « وينقلب صحيحا في حق المشتري إذا آلت ملكية المبيع إلى البائع بعد صدور العقد » لأنه بالمفهوم المعاكس يكون العقد السابق، أي الموقوف، غير صحيح، مع أن نظرية العقد الموقوف تعتبر العقد صحيحا لكن غير منتج لآثاره إلى غاية أن يجاز. ويَحسُن بالمشرع الأردني أن يعيد صياغة هذه الفقرة حتى تكون صحيحة ومطابقة لنظرية العقد الموقوف، وذلك بأن تصبح على هذا النحو « وينفذ العقد في حق المشتري

1 – عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق، ص190؛ محمد بن إسماعيل الغشم، المرجع السابق، ص88.

والبائع إذا آلت ملكية المبيع إلى البائع بعد صدور العقد »[1].

أما الصياغة السابقة فإنها تكون صحيحة وموفقة إذا طبقت على نظرية العقد القابل للإبطال كحكم لهذه الحالة، وهو ما سلكه كل من التقنين المدني المصري والجزائري.

وقد ساير قانون المعاملات المدنية الإماراتي نهج التقنين المدني الأردني في اعتبار البيع السابق، أي بعد أن طرأ عليه الملك البات، نافذا وليس باطلا، إذ نص في المادة 606 على ما يلي: « إذا أقر المالك البيع سرى العقد في حقه ونفذ في حق المشتري **كما ينفذ العقد إذا آلت ملكية المبيع إلى البائع بعد صدور العقد** ». وذلك مع ملاحظة أن النص الإماراتي أحسن من حيث صياغة الفكرة من نظيره الأردني.

ثانيا – التقنين المدني العراقي:

سكت التقنين المدني العراقي عن مسألة طروء الملك البات على الملك الموقوف ولم يفصل فيها، ويدل سكوته هذا على اعتراض المشرع العراقي على الأخذ بما ذهب إليه الفقه الحنفي من اشتراط إجازة بيع الفضولي لنفاذه وبطلان هذا البيع إذا لم تصدر الإجازة ولو اكتسب البائع فيما بعد ملكية المبيع.

ثالثا – التقنين المدني المصري:

قلنا إن المشرع المصري لم يأخذ بفكرة العقد الموقوف، وإنّما يأخذ بفكرة العقد القابل للإبطال، وبذلك خالف ما ذهب إليه الفقه الحنفي ومن وافقهم من فقهاء الشريعة الإسلامية، ويرى أنه إذا باع شخص ملك غيره، ثم أصبح مالكا للمبيع بعد صدور العقد وانقلب العقد صحيحا في حق المشتري لأنه لا مصلحة له في إبطاله بعد زوال المانع من انتقال ملكية المبيع إليه، فإن بيعه يصبح نافذا بصفة نهائية ولا يبطل.

وتزول قابلية الإبطال في بيع ملك الغير في الحالات التالية:

1- إقرار المالك للعقد: فإذا أقر المالك العقد فلا مصلحة للمشتري في طلب الإبطال بعد ذلك، إذ يصبح البيع صالحا لأن ينقل ملكية المبيع إلى المشتري. ولكن يشترط لسقوط حق المشتري في طلب الإبطال أن يكون المالك قد أقر البيع قبل أن يرفع المشتري دعوى الإبطال، أما إذا جاء إقرار المالك لاحقا لرفع دعوى الإبطال من طرف المشتري فلا يمنع من الحكم بإبطال العقد. وهذا ما يُفهم من المادة 467ف/2 من القانون المدني المصري.

1 – عيسى عبد القادر المومني، المرجع السابق، ص104.

2- إجازة المشتري للعقد: يجوز للمشتري أن يتنازل عن حقه في إبطال العقد بالإجازة، ولكي تكون الإجازة صحيحة يشترط أن يكون المشتري عالما وقت إجازته للعقد بأن المبيع مملوك للغير[1].

3- التقادم: يسقط حق الإبطال، وعليه يصبح العقد نافذا طبقا للقواعد العامة في التقادم[2]. ووهذا ما يتبين من المادة 140 من التقنين المدي المصري التي تنص على ما يلي:

« يسقط الحق في إبطال العقد إذا لم يتمسك به صاحبه خلال ثلاث سنوات.

ويبدأ سريان هذه المدة، في حالة نقص الاهلية، من اليوم الذي يزول فيه هذا السبب، وفي حالة الغلط أو التدليس، من اليوم الذي ينكشف فيه، وفي حالة الإكراه من يوم انقطاعه. **وفي كل حال لا يجوز التمسك بحق الإبطال لغلط أو تدليس أو إكراه إذا انقضت خمس عشرة سنة من وقت تمام العقد** ».

4- تملك البائع للشيء المبيع بعد صدور العقد: فالعقد يصبح صحيحا في حق المشتري إذ ليس له مصلحة في طلب إبطاله بعد أن زال المانع الذي كان يحول دون انتقال ملكية المبيع إليه.

المطلب الثالث

هلاك المحل المتصرف فيه وبدله قبل الإجازة

قد يصيب المعقودَ عليه أو بدله، في مرحلة توقفه، عارض يؤدي إلى هلاكه، فما أثر ذلك على العقد ذاته؟ وعلى من تقع تبعة الهلاك؟

نتولى الإجابة عن هذا التساؤل من خلال الوقوف على رأي فقهاء الشريعة الإسلامية في (الفرع الأول) ثم على ما يقابله في القانون المدني في (الفرع الثاني).

الفرع الأول

هلاك المحل المتصرف فيه وبدله قبل الإجازة في الفقه الإسلامي

إن المسألة المطروحة هنا تتمثل في البحث على من تقع تبعة الهلاك إذا هلك المتصرَف فيه تصرفا موقوفا أو ثمنه قبل الإجازة بقوة قاهرة أو بآفة سماوية؟ وهذا ما نوضحه من خلال استعراض حالتين:

1- عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق، ص192.

2 – عبد الحكم فوده، المرجع السابق، ص516؛ غني حسونة طه، المرجع السابق، ص191.

أولا – حالة هلاك محل التصرف الموقوف قبل الإجازة:

قد يهلك المحل المعقود عليه قبل إجازته كتلف المبيع مثلا، أو يتغير بحيث يعد شيئا آخر، كما لو كان قمحا فطحنه المشتري أو قماشا فقطعه وخاطه، فإن العقد يبطل لانعدام المحل ولم تصح الإجازة فيه لأن الإجازة تلحق العقد الذي مازال قائما وليس معدوما.

ولما كان للإجازة حكم الإنشاء فلا تصح إلا ببقاء كل من المعقود عليه، وغيره من العناصر الأخرى التي سنورد ذكرها في المطلب الثاني للمبحث الثاني من الفصل الاول بصدد شروط الإجازة، إذ بالإجازة ينتقل المبيع إلى المشتري، وبالتالي لا يمكن نقله إذا هلك.

لكن على من تقع تبعة هلاك المعقود عليه قبل الإجازة؟

للإجابة عن السؤال نستعرض أحكام الفقه الحنفي[1] ثم أحكام الفقه المالكي[2].

1- في الفقه الحنفي: هناك حالتان:

أ- حالة هلاك المحل المتصرف فيه في يد المالك، فإن تبعة الهلاك تقع على المالك بطبيعة الحال لأنه هلك في يده بفعل لا يوجب الضمان.

ب- حالة هلاك المحل بيد الفضولي بعد القبض، فيعتبر غاصبا وسواء كان الهلاك بتعد منه أو بدونه، فإن تبعة الهلاك تقع عليه فيجب عليه أن يدفع للمالك مثله أو قيمته يوم الغصب[3].

---

1 – جاء في جامع الفصولين للإمام الشهير ابن قاضي سماوه الحنفي (ج 1، المطبعة الأزهرية، ص ص316-317) ما يلي: « في بيع الفضولي لو هلك المبيع قبل الإجازة فإن هلك قبل قبض المشتري بطل العقد وإن هلك بعده فلم يجز بالإجازة وللمالك أن يضمن أيهما اختار تضمينه يبرأ الآخر لأن التضمين تمليك منه فإذا ملكه من أحدهما لا يقدر أن يملكه من غيره فإن ضمن المشتري بطل البيع لأن أخذ القيمة منه كأخذ العين وللمشتري أن يرجع على البائع بثمنه لا بما ضمنه وإن ضمن البائع فإن كان قبض البائع مضمونا عليه نفذ بيعه بضمانه لأن سبب ملكه تقدم عن عقده، وإن قبضه أمانة وإنما صار مضمونا عليه بالتسليم بعد البيع لا ينفذ بيعه بضمان لأن سبب ملكه تأخر عن عقده، وذكر محمد في ظاهر الرواية أن البيع يجوز بتضمين البائع وقيل تأويله أنه سلم ولا حتى صار مضمونا عليه ثم باعه فصار كمغصوب »؛ ويقول الكاساني في ج4، المرجع السابق، ص177 ما يلي: « فإذا أجاز المالك تأجير الفضولي بعد استيفاء المنفعة لم تجز إجازته ».

2 – جاء في المدونة الكبرى للإمام مالك بن أنس الاصبحي (ج 14، القاهرة، 1323هـ، ص54) ما يأتي: « أرأيت لو أن غصب جارية من رجل فباعها فولدت عند المشتري فأتى ربها فأجاز البيع أيجوز ذلك أم لا في قول مالك (قال) ذلك جائز لأن مالكا قال إذا باعها الغاصب فإن أراد ربها أن يجيز البائع كان ذلك له ولست التفت إلى ولادتها عند المشتري ألا ترى إنها لو ماتت هي نفسها فأجاز سيدها البيع أخذ الثمن وكان ذلك جائزا ».

3 – تنص المادة 279 من التقنين المدني الأردني على يلي: « فإذا استهلكه أو أتلفه أو ضاع منه أو أتلف بتعديه أو بدون تعديه فعليه مثله أو قيمته يوم الغصب وفي مكان الغصب »، وهي تقابل المادة 304 من القانون المعاملات المدنية الإماراتي والمادة 135ف/4 من التقنين المدني العراقي.

أما إذا تصرف الغاصب بالشيء المغصوب، سواء بالبيع أو الإيجار أو الهبة وغيرها من التصرفات، وأتلف الشيء المغصوب كله أو جزءا منه في يد من تصرف له كان للمالك الخيار في تضمين قيمته. وللمالك تضمين أيهما شاء لوجود سبب الضمان من كل منهما وهو التسليم من البائع والقبض من المشتري، فإن ضمنه من تصرف الغاصب له كان لهذا الأخير أن يرجع بالثمن على الغاصب ولو بطل البيع[1]، أما إذا ضمنه الغاصب فيقوم بضمان قيمته للمالك يوم الغصب، وعليه، فالبيع السابق قد نفذ ولا يبطل، لأن الغاصب لما ضمنه فقد أصبح مالكا له من وقت غصبه، فتقدم سبب الملك على البيع فينفذ بيعه، وبذلك يكون تصرفه قد جرى في ملكه.

أما إذا كان قبض البائع قبض أمانة، كأن يكون وديعة عنده فباعه وسلمه للمشتري، فلا ينفذ بيعه لأن الضمان وجب عليه بسبب متأخر عن البيع وهو التسليم، فيملك المضمون من ذلك الوقت لا من وقت البيع، فيكون بائعا مال غيره بغير إذنه فلا ينفذ[2].

2- الفقه المالكي:

على خلاف الفقه الحنفي، يقول الفقه المالكي بأن هلاك المحل في فترة إيقافه ليس له أثر على إجازة العقد الموقوف[3].

ونشير إلى أن التقنين المدني الأردني ينص على أنه إذا هلك المتصرف فيه قبل الإجازة، وسواء كان الهلاك حقيقيا أو حكميا، فإن العقد يبطل ولا تلحقه الإجازة، وذلك في المادة 174 منه التي تقضي بالآتي: « يشترط لصحة الإجازة قبول التصرف للإجازة وقت

---

1 – تقضي المادة 281 من التقنين المدني الأردني بأنه: « إذا تصرف الغاصب في المال المغصوب معاوضة أو تبرعا وتلف المغصوب كلا أو بعضا في يد من تصرف له الغاصب كان للمغصوب منه الخيار في تضمين من شاء منهما فإن ضمن الغاصب صح تصرفه وإن ضمن من تصرف له الغاصب رجع على الغاصب وفقا لأحكام القانون »، وتقابلها المادة 306 من قانون المعاملات المدنية الإماراتي.

2 – محمد سراج، نظرية العقد في الفقه الإسلامي، دراسة فقهية مقارنة، مكتبة سعد سمك للنسخ والطباعة، د.ب.ن، ص174؛ محمد محي الدين إبراهيم سليم، أحكام شروط البيع بين القانون المدني والفقه الاسلامي، دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2007، ص67.

3 – المدونة الكبرى للإمام مالك، ج 14، المرجع السابق، ص54 جاء فيها ما يلي: « أرأيت لو أنه غصب جارية من رجل فباعها فولدت عند المشتري فأتى ربها فأجاز البيع أيجوز ذلك أم لا في قول مالك (قال) ذلك جائز لأن مالكا قال إذا باعها الغاصب فإن أراد ربها أن يجيز البائع كان ذلك له ولست التفت إلى ولادتها عند المشتري إلا ترى انا لو ماتت هي نفسها فأجاز سيدها البيع اخذ الثمن وكان ذلك جائزا ».

صدوره **ووجود... المتصرف فيه... وقت** الإجازة ». وذلك، هو الحكم نفسه في قانون المعاملات المدنية الإماراتي (المادة 216).

أما التقنين المدني العراقي فينص في المادة 136ف/1 منه على أنه لا يشترط قيام المحل وقت الإجازة، وذلك ما سنعرضه لاحقا بالتفصيل في موضوع شروط الإجازة.

ثانيا – حالة هلاك البدل إن كان عينا:

يختلف الثمن إن كان عرضا عنه إذا كان نقدا:

– فإذا كان البيع مقايضة مثلا، أي كان البدل عرضا لا نقدا، فإذا هلك قبل الإجازة في يد الفضولي فإن العقد يبطل ولا تلحقه الإجازة ويضمن للمشتري مثل عرضه إن كان مثليا وقيمته إن كان قيميا[1].

– أما إذا كان البدل نقدا، فإن هلاكه ليس له تأثير على بقاء العقد الموقوف قبل الإجازة لأن النقد لا يتعين بالتعيين وإنما يستقر دينا في الذمة، فإن أجازه صاحب الحق نفذ العقد وأصبح البدل ملكا للمالك وإن هلك بيد الفضولي كانت يده عليه يد أمانة لأنه بإجازته يصبح وكيلا فلا يسأل إلا بالتعدي والتقصير.

وفي هذا الصدد، يقول الفقهاء إن "**الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة**"، فالفضولي بعد إجازة تصرفه يصير كالوكيل، فيكون الثمن في يده أمانة قبل الهلاك من وقت قبضه، فإذا هلك فيهلك على المجيز ولا ضمان عليه[2].

ونشير إلى أن هذه الأحكام مستمدة من الفقه الحنفي[3].

---

1 – تنص المادة 395 من مرشد الحيران على أنه: « يشترط لصحة الإجازة من المالك الذي يبيع ملكه بغير إذنه... أن يكون الثمن باقيا إن كان عرضا معينا »؛ وهو ما نصت عليه المادة 174 من التقنين المدني الأردني وهو ما أخذ به المشرع الإماراتي، والذي جعل من بقاء البدل إن كان عينا شرطا لبقاء التصرف موقوفا وبالتالي شرطا لصحة الإجازة؛ أما التقنين المدني العراقي فلم يشترط في المادة 136ف/1 ذلك.

2 – تنص المادة 846 من التقنين المدني الأردني على أن: « يعتبر المال الذي قبضه الوكيل لحساب موكله في حكم الوديعة فإذا هلك في يده بغير تعد أو تقصير فلا ضمان عليه ». وتنص المادة 872 من التقنين ذاته على أن « الوديعة أمانة في يد المودع لديه وعليه ضمانها إذا هلكت بتعديه أو تقصيره في حفظها ما لم يتفق على غير ذلك ».

3 – جاء في جامع الفصولين لابن قاضي سماوه (ج1، المرجع السابق، ص317) أنه « إذا هلك الثمن في يد الفضولي ولم يجز المالك بيعه فإن علم المشتري وقت أداء الثمن أنه فضولي فإنه يهلك أمانة وإلا فيضمن. وإن باعه فضولي بعرض وهلك العرض في يد الفضولي قبل الإجازة بطل العقد ولا تلحقه الإجازة فيرد المبيع على مالكه ويضمن البائع للمشتري مثل عرضه ولو مثليا وإلا فقيمته »؛ محمد سلام مدكور، المرجع السابق، ص498.

الفرع الثاني

هلاك محل العقد القابل للإبطال في القانون

إنّ القاعدة العامة في القانون تشترط وجود محل الالتزام أو العقد وقت نشوء الالتزام وأن يكون ممكن الوجود بعد ذلك.

فإذا وجد المحل ثم هلك قبل نشوء الالتزام، فإن الالتزام لا يقوم. أما إذا هلك المحل بعد نشوء الالتزام، فإن العقد يكون بعد ذلك قابلا للفسخ إذا كان سبب هلاك الشيء يرجع إلى عدم قيام أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه[1].

– فإذا هلك المبيع في يد البائع قبل تسليمه لسبب أجنبي انفسخ البيع واسترد المشتري الثمن. وتكون تبعة الهلاك حينئذ على البائع إلى حين التسليم، إلا إذا كان الهلاك قد حصل بعد إعذار المشتري بتسلم المبيع، وهذا لاعتباره مدينا في الالتزام الذي هلك محله[2].

– أما إذا هلك المبيع قبل العقد فإن العقد بين البائع والمشتري لا ينعقد لانعدام محله، سواء كان هلاكا ماديا مثل أن يحترق الثوب، أو كان قانونيا كما لو كانت إجارة وانتهت مدتها[3]، وسواء كان الهلاك بفعل البائع أو بفعل المبيع أو بآفة سماوية. أما إذا هلك بعض المبيع فقط، كان الخيار للمشتري بين ترك المبيع أو تسلم الباقي من المبيع في مقابل ما يمثله من الثمن[4].

---

1 – عبد المنعم فرج الصدة، "العقد من حيث الصحة والبطلان في الشريعة الإسلامية والقانون"، بحث مقدم في الحلقة الدراسية الرابعة للبحوث في القانون، ص234؛ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج1، المرجع السابق، ص376؛ عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق، ص187.

2 – تنص المادة 121 من التقنين المدني الجزائري، المقابلة للمادة 159 من التقنين المدني المصري على أنه: « في العقود الملزمة للجانبين إذا انقضى التزام بسبب استحالة تنفيذه انقضت معه الالتزامات المقابلة له وينفسخ العقد بحكم القانون ».

3 – عدنان السرحان ونوري حمد خاطر، المرجع السابق، ص221.

4 – انظر المادة 1601 من التقنين المدني الفرنسي التي تنص على ما يأتي:

« Si, au moment de la vente, la chose vendue était périe en totalité, la vente serait nulle.

Si une partie seulement de la chose est périe, il est au choix de l’acquéreur d'abandonner la vente, ou de demander la partie conservée, en faisant déterminer le prix par la ventilation ».

المطلب الرابع

وفاة أحد أطراف التصرف الموقوف أو المجيز قبل الإجازة

قد يموت **أحد أطراف** العقد الموقوف أو يموت **المجيز** في فترة إيقافه وقبل ترتيب آثاره، فما هو تأثير ذلك على العقد؟

لذا نقسم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع، نخص الأول في موت أحد أطراف العقد قبل الاجازة (الفرع الأول)، والثاني في موت المجيز قبل الإجازة (الفرع الثاني)، والثالث في تنفيذ التصرف الموقوف قبل الإجازة (الفرع الثالث).

الفرع الأول

موت أحد أطراف العقد قبل الإجازة

إنّ بقاء أطراف التصرف يعتبر شرطا من شروط صحة إجازة العقد الموقوف كما سنرى في حينه، لكن قد يموت أحد أطرافه قبل أن تلحقه الإجازة، فما حكم ذلك؟

أولا – موت أحد أطراف التصرف الموقوف في الفقه الإسلامي:

يذهب فقهاء الحنفية إلى القول بضرورة بقاء أطراف التصرف وقت الإجازة، وإلا بطل العقد ولا تلحقه الإجازة[1]. فلو كان التصرف مثلا صادرا من فضولي، فإنه يشترط بقاؤه وبقاء المتعاقد معه إلى حين صدور الإجازة وإلا بطل التصرف وعدم لحوق الإجازة به. ويُرجع فقهاء الحنفية رأيهم في بقاء طرفي العقد وقت إجازته إلى سببين هما:

السبب الأول: إنّ الإجازة تلحق العقد القائم، الذي لا يقوم إلا بوجود المتعاقدين والمالك والمعقود عليه، فهي لا تقوم على المعدوم، كما أن العقد لا يقوم إذا تخلف أحد العناصر السابقة. كما أن الإجازة لها حكم الإنشاء من وجه، فلا تتحقق إلا بقيام المتعاقدين والمعقود عليه وبدله إن كان عينا.

السبب الثاني: وهو يتعلق بطرفي العقد، فيكون بقاء المشتري شرطا حتى يظهر نفاذ العقد في حقه. فإذا كان العقد بيعا، مثلا، يكون بقاء المشتري من أجل الالتزام بالحقوق

1 – الميرغيناي، للعلامة شيخ الاسلام برهان الدين علي بن ابي بكر الميرغيناي، الهداية، شرح بداية المبتدئ، ج3، مكتبة ومطبعة مصطفى الباب الحلبي واولاده بمصر، ص68 ما يلي: « وله الإجازة إذا كان المعقود عليه باقيا والمتعاقدان كليهما لأن الإجازة تصرف في العقد فلا بد من قيامه وذلك بقيام العاقدين والمعقود عليه ».

والواجبات الناشئة عن العقد، كأداء الثمن واستلام المبيع وغيرها من الحقوق والالتزامات، ويكون بقاء الفضولي ما دامت حقوق العقد ترجع إليه حيث بالإجازة ينقلب وكيلا في العقود التي ترجع إليه كالبيع والشراء فيلتزم في المطالبة بهذه الحقوق[1]. أما في التصرفات التي لا ترجع حقوقها إليه، كالنكاح، فلا يشترط بقاؤه وقت الإجازة، لأنه يعتبر سفيرا محضا، فإذا عبر انتهى دوره وأصبح كالأجنبي عن العقد[2].

ثانيا – موت أحد أطراف التصرف في القانون:

لقد استمد التقنين المدني الأردني شرط وجود أطراف العقد الموقوف وقت الإجازة من الفقه الحنفي، فنصت عليه المادة 174 بما يلي: « يشترط لصحة الإجازة قبول التصرف للإجازة وقت صدوره ووقت الإجازة ووجود من له الإجازة وطرفي العقد والمتصرف فيه وبدله إن كان عينا وقت الإجازة »، وهي تقابل المادة 216 من قانون المعاملات المدنية الإماراتي الذي تمسك بالشروط ذاتها لصحة الإجازة.

أما التقنين المدني العراقي، الذي لا يشترط لصحة الإجازة أو لبقاء العقد موقوفا وجود المتعاقدين وقت الإجازة، فنص صراحة في المادة 136ف/1 على أن: « إجازة العقد الموقوف... يشترط في صحتها وجود من يملكها وقت صدور العقد ولا يشترط قيام العاقدين أو المالك الأصلي أو المعقود عليه وقت الإجازة ». في حين أن التقنين المدني اليمني لم يقم بتنظيم إجازة العقد الموقوف تنظيما متكاملا، وبذلك فإن الأمر متروك لاجتهاد القضاء طبقا للقواعد القانونية العامة ولمبادئ الفقه الإسلامي.

---

1 – الكاساني، بدائع الصنائع، ج5، المرجع السابق، ص151 ورد ايضا: « إن قيام الأربعة التي ذكرنا شرط للحوق الإجازة لأن الإجازة إنما تلحق القيام وقيام العقد بهذه الأربعة ولان الإجازة لها حكم الإنشاء من وجه ولا يتحقق الإنشاء بدون العاقدين والمعقود عليه لذلك كان قيامها شرطا للحوق الإجازة. فإذا وجدت صحت الإجازة (والمقصود بقيام الأربعة هو) البائع والمشتري والمالك والمبيع ».

2 – ابن قاضي، جامع الفصولين، ج1، المرجع السابق، ص230 جاء فيه: « بقاء الفضولي ليس بشرط لصحة الإجازة في باب النكاح بخلاف البيع »؛ ويقول محمد سلام مدكور (المرجع السابق، ص642) أن: « فإذا كانت حقوق العقد ترجع على الفضولي، فإذا كان العقد من العقود التي لا تعود عليه الحقوق فيها بالإجازة كعقد الزواج والهبة وغيرهما مما يصير فيها الفضولي بالإجازة رسولا لا وكيلا لا تتوقف الإجازة فيها على حيلته... أما إذا كان العقد من عقود المعاوضات التي ينقلب فيها الفضولي بالإجازة وكيلا وتعود عليه فيها حقوق العقد كانت الإجازة غير صحيحة إلا إذا حدثت عند وجود صاحب الشأن في حياة الفضول نفسه ».

الفرع الثاني

موت المجيز قبل الإجازة

قد يموت من له حق الإجازة قبل أن تلحق إجازتُه العقدَ الموقوف، فما هو تأثير ذلك على هذا العقد؟ وهل ينتقل حق الإجازة إلى وارثه؟

أولا – موت المجيز في الفقه الإسلامي:

ثار خلاف بين فقهاء الشريعة الإسلامية حول ما إذا كان انتقال الحق في الإجازة ينتقل إلى الوارث من سلفه أو عدم انتقاله إليه: فمنهم من يرى انتقال هذا الحق إلى الورثة وهو قول جمهور الفقهاء من مالكية وشافعية وحنابلة، ومنهم من يقول بعدم انتقال هذا الحق إلى الورثة وهو رأي الحنفية وبعض الحنابلة.

1- انتقال حق الإجازة إلى الوارث:

الأصل في الفقه الإسلامي أن الموت هو سبب الخلافة العامة، فإن كل ما كان مملوكا للمورث حين يجيئه الموت ينتقل بالموت إلى ورثته، وهذا ما تقتضيه مصلحة المتوفى حتى ينتفع ورثته بما خلفه[1].

وعليه يرى فقهاء المالكية أنه إذا لم يجز المالك التصرف الموقوف قبل وفاته، كأن يتوفى قبل إجازته، أو توفي قبل أن يعلم بالتصرف الموقوف أو بعد أن يعلم به، فإن حق الإجازة ينتقل إلى وارثه الذي يقوم مقامه فيما ينفذ به التصرف وفيما يبطل به، فهو يتبع الملك عند انتقاله بالميراث أينما انتقل[2].

وبناء على هذا الأصل العام يقول هذا الفريق بحرية التوارث في الحقوق المتعلقة

---

1 – علي الخفيف، "تأثير الموت في حقوق الإنسان والتزاماته"، مجلة القانون والاقتصاد، كلية الحقوق، مطبعة فتح الله إلياس نوري وأولاده بالقاهرة، القسم الثاني في الالتزامات، العددان 3 و4، السنة 11، مارس وأفريل 1941، ص13، حيث يقول: « فإن توفي المالك بعد أن يعلم بالتصرف وقبل أن يتمكن من رفضه أو إجازته، أو كأن يكون قد توفي قبل العلم به، فإوارثه يحل محله فيما ينفذ به التصرف وفيما يبطله، إذ أن هذا الحق يتبع الملك عند انتقاله بالميراث أينما انتقل ».

2 – الخرشي، شرح الخرشي على مختصر خليل، للعلامة ابي عبد الله محمد الخرشي، دار صادر، بيروت، لبنان، ج 5، ص17 ما يلي: « وللغاصب نقض ما باعه إلى ورثته لا ما اشتراه يريد إن الغاصب إذا باع ما غصبه لشخص ثم ورثه من ربه فإن له نقض البيع الصادر منه قبل الإرث لانتقال ما كان لمورثه إليه وقد كان لمورثه النقض ولهذا لو تعدى شريك في دار فباعها جميعها ثم ورث حظ شريكه فله نقض البيع في حصة غيره وأخذ حصته بالشفعة... »؛ عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق، ص194.

بالمال دون تمييز بين الأموال والحقوق، سواء ما كان منها ملازما للأعيان بحيث ينتقل معها إذا انتقلت إلى يد أخرى، كحق الارتفاق، أو ما كان تابعا لإرادة من ثبتت له هذه الحقوق كحق الشفعة مثلا[1].

واستثنوا من هذا الأصل العام الحقوق المتعلقة بشخص صاحبها، كحق الحضانة وحق الولاية على النفس أو المال، فهي، من جهة، ليست حقوقا مالية فلا تنتقل بالإرث، ومن جهة أخرى، لأن المورث لم يكتسبها عن طريق العقد حتى تنصرف آثارها إلى الوارث، وإنما أكسبها إياه الشارع، كحق الرجوع في الهبة الذي ينتهي بموت الواهب فلا ينتقل بعد موته إلى الموهوب له[2].

وعليه، فإن جمهور الفقهاء، من مالكية[3] وشافعية[4] وحنابلة[5]، يتوسعون فيما ينتقل بالوراثة عن الميت إلى الورثة في كل الحقوق المتعلقة بالمال، كحق الإجازة والفسخ (أي الإبطال) وحق الشفعة والخيارات (كخيار الشرط وخيار الرؤية وخيار العيب)[6] وحق الإبطال. وعلى ذلك، فإذا لم يجز صاحب الحق في الإجازة قبل وفاته التصرف الموقوف ينتقل حق الإجازة إلى وارثه لأنه يتبع الملك، ولأن الوارث يحل محل مورثه في الحقوق المتعلقة بالمال.

ويستدل هذا الفريق في قولهم بانتقال الحق في الإجازة إلى الوارث بحجتين:

---

1 – محمد سعيد جعفور، إجازة العقد، المرجع السابق، ص40.

2 – الحطاب، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، للعلامة ابي عبد الله محمد بن محمد الرحمن المغربي المعروف بالحطاب، ط3، دار الفكر، 1993م، ج 4، ص431 حيث يقول إن « لورثة البائع أو المشتري ما كان لمورثهم من الخيار لأنه حق له فيورث عنه »؛ عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق، ص195؛ علي الخفيف، المرجع السابق، ص38؛ عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق، ج4، المرجع السابق، ص62.

3 – يقول بن رشد القرطبي– الحفيدلابن الرشد–في بداية المجتهد ونهاية المقتصد(ج2، للإمام القاضي محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، تعليق عبد الحليم محمد عبد الحليم، دار الكتب الاسلامية، القاهرة، ط2، 1983، ص 182) ما يأتي: « إنّ الأصل عند المالكية ... هو أن الحقوق تورث كالأموال إلا ما قام الدليل على مفارقة الحق في هذا المعنى للمال ».

4 – الكاساني، 5، المرجع السابق،ص268 جاء: « وقال الشافعي لا يبطل الخيار بموته بل يقوم وارثه في الفسخ والإجازة ».

5 – ابن قدامة المقدسي، المغني، ج4، المرجع السابق، ص70؛ عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق، ص194.

6 – جاء في المجموع للفقه الشافعي، ج 9، المرجع السابق، ص211 ما يلي: « إذا مات صاحب الخيار وقلنا ينتقل إلى الورثة فكانوا أطفالا أو مجانين قال الروياتي وغيره ينصب القاضي قيما يفعل ما هو المصلحة من الفسخ والإجازة كما لو جن صاحب الخيار »؛ عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق، ص195.

الحجة الأولى: قوله صلى الله عليه وسلم « **من ترك مالا أو حقا فلورثته** »[1]، فالحديث جاء عاما إذ يشمل المال والحق دون تمييز، فكل ما يتركه المتوفى من أموال وحقوق يورث عنه وينتقل إلى الوارث الذي يقوم مقامه فيه. ولما كان المال ينتقل إلى الوارث فإنه ينتقل إليه بجميع حقوقه ومنها حق الإجازة، فيكون للوارث أن يجيز التصرف الذي أصدره الفضولي على المال الذي انتقل إليه من مورثه[2].

الحجة الثانية: إنّ الإجازة ليست مجرد رغبة ومشيئة، بل هي من الحقوق التي تغلب فيها الناحية المالية على نظيرتها الشخصية، فالوارث يرث مال مورثه، فيرث ما يتعلق به تبعا له ولا يرث ما يتعلق بنفس المورث وعقله وشهواته[3].

2- عدم انتقال حق الإجازة إلى الورثة:

خالف الحنفية وبعض الحنابلة رأي جمهور الفقهاء، فذهبوا إلى القول بأنه لا يورث عن المتوفى إلا ما كان مالا أو في حكم المال كالدين، مثلا، أما غير ذلك فلا يورث، وعليه فإنه إذا مات المجيز قبل استعمال حقه في الإجازة، لم يخلفه ورثته في الإجازة وإنما يبطل العقد[4]، وليس للوارث أن يجيز التصرف الموقوف في حق المورث حال حياته لأنه لم يكن ذا شأن وقت صدور التصرف من الفضولي ومن في حكمه. وإنما كان الشأن لمورثه، فلا يصح اعتبار الفضولي ذا ولاية إذا ما أجازه الوارث بعد وفاة المالك، وأن الوارث لا يستطيع أن يمد الفضولي بولاية ليست له ولا يملك أن يملكه ما لا يملك. وبناء عليه فلا ينتقل حق إجازة تصرف الفضولي إلى وارث المالك بوفاته، بل يبطل العقد بموت ذي الشأن[5].

---

1 – يقول القرافي، الفروق، ج3، المرجع السابق، ص ص275–276، ما يأتي: « أعلم أنه يروى عن الرسول صلى الله عليه وسلم أنه قال: "من مات عن حق فلورثته" ».

2 – جعفور محمد سعيد، إجازة العقد، المرجع السابق، ص42؛ جعفور محمد سعيد وإسعد فاطمة، المرجع السابق، ص139.

3 – قال القرفي في الفروق (ج3، المرجع السابق، ص275) ما يلي: « ... بل الضابط لما ينتقل إليه ما كان متعلقا بالمال أو يدفع ضررا عن الوارث... وما كان متعلقا بنفس المورث وعقله وشهواته لا ينتقل للوارث والسر في الفرق إن الورثة يرثون المال فيرثون ما يتعلق به »؛ عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق، ص196.

4 – يقول الكاساني في بدائع الصنائع (ج5، المرجع السابق، ص151) ما يأتي: « قيام المالك حتى لو هلك المالك قبل إجازته لا يجوز بإجازة ورثته »؛ وجاء في الهداية لكمال بن الهمام، ج 5، المرجع السابق، ص212 ما يلي: « ولو هلك المالك لا ينفذ بإجازة الوارث لأنه توقف على إجازة المورث لنفسه فلا يجوز بإجازة غيره »؛ عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق، ص196.

5 – يقول بن الهمام في فتح القدير (ج6، المرجع السابق، ص56) أنه: « ولو هلك المالك لا ينفذ بإجازة الوارث... »؛ عبد القادر المومني، المرجع السابق، ص115.

وعلة عدم جواز الإجازة من الوارث، ومنه بطلان التصرف، هي طروء الملك البات على الملك الموقوف، لأن طروء الملك البات على التصرف الموقوف يؤدي إلى بطلانه. وهم يعتبرون الإجازة مجرد إرادة ومشيئة، فهي حق شخصي، لا تنتقل إلى الوارث وإنما تنتهي بوفاة المورث.

ونشير إلى أنه إذا كانت القاعدة عند الحنفية هي عدم انتقال حق الإجازة بالميراث، فإنهم قد استثنوا القسمةَ من هذه القاعدة، فأجازوا لوارث المتوفى الذي كان توقيف القسمة لمصلحته إذا مات المورث قبل الإجازة أن يجيزها، لأن القسمة هي عبارة عن إفراز لأنصبة الشركاء، ولأن عمل الإفراز إنما يعتمد المعرفة والعلم بالحساب أكثر مما يعتمد على الولاية، فلا فائدة من نقض القسمة ثم الرجوع إليها وهذا كله استحسانا لحاجة الشركاء إليها غالبا[1]. وهو السبب الذي استثنى القسمة ومنح الوارث الشريك حق الإجازة بعد موت مورثه[2].

ويستدل هذا الفريق في قولهم بعدم انتقال الحق في الإجازة إلى الوارث بحجتين:

الحجة الأولى: إنّ الوراثة حكم شرعي لا يثبت إلا بنص خاص، وقد صح عندهم أن الرسول صلى الله عليه وسلم قال: « **من ترك مالا فلورثته** »، فلا يورث إلا المال ولو كان حقا متعلقا بالمال، وأن وما رُوي من إضافة لفظ "**حق**" إلى الحديث مردود، وهو يقتصر على المال دون الحق، وإن تخصيص الذكر بالمال هو نفي لما عداه، فلا يورث ما عدا المال دون الحقوق كحق الإجازة[3].

الحجة الثانية: إن حق الإجازة يعتبر حقا شخصيا، لأن الإجازة هي مجرد رغبة ومشيئة، وبهذا الوصف تغلبت عليها الناحية الشخصية على الناحية المالية فلا تنتقل إلى الوارث فتنتهي

---

1 – محمد بن إسماعيل الغشم، المرجع السابق، ص265، حيث جاء فيها: « بينما يرى زفر أن العقد الموقوف لا يجوز بإجازة الوارث والمشتري بل يبطل لأن الإجازة تنفيذ الموقوف، فإنما تلحقه على الوجه الذي وقف، وهو توقف على إجازة الأول لا الثاني، فلا يملك الثاني تنفيذه ».

2 – جاء لكمال بن الهمام في فتح القدير (ج7، المرجع السابق، ص56) ما يلي: « ولو هلك المالك لا ينفذ بإجازة الوارث... **هذا بخلاف القسمة** عند أبي حنيفة وأبي يوسف فإن القسمة الموقوفة على إجازة الغائب الكبير جازت بإجازة ورثته بعد موته استحسانا لأنه لا فائدة في نقض القسمة ثم الإعادة وقول محمد القسمة مبادلة كالبيع فلا يجوز بإجازة ورثته هو القياس والاستحسان مقدم »؛ عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق، ص193؛ محمد سلام مدكور، المرجع السابق، ص ص177–178.

3 – وقد رد على قول الحنفية بأن تخصيص المال بالذكر دون الحق لا يدل على نفي الحكم عما عداه، وأن تخصيص الإرث بالمال لا يدل على نفي الإرث في الحق، انظر في ذلك: علي الخفيف، تأثير الموت في حقوق الإنسان، المرجع السابق، ص ص13–14.

بوفاة من يملكها، وكذلك لأن التوقف كان على إجازة المورث نفسه لا غيره[1].

الرأي الذي نرجحه:

نرى ترجيح ما توصل إليه الفريق القائل بانتقال حق الإجازة إلى الوارث للاعتبارات الآتية:

– إنّ في انتقال حق الإجازة إلى الوارث تسهيلا للتعامل فيما بين الناس وقضاء لحاجياتهم، فإذا توفي صاحب حق الإجازة قبل أن يستعمل حقه انتقل هذا الحق إلى وارثه لأنه صار صاحب الشأن وإليه يعود خير العمل وثمراته.

– إنّ للوارث أن يجيز التصرف الموقوف إذا توفي سلفه قبل الإجازة، على اعتبار أنه تملك المال وله سلطة التصرف فيه، أفلا يملك إجازة التصرف؟

– إن حق الإجازة تغلب عليه الناحية المالية، وبذالك يعتبر حقا ماليا، فوجب لذلك أن يورث، فهو أثر من آثار الملك، فينتقل الحق إلى الوارث تبعا لانتقال الملك إليه، فيملك أمر إجازة التصرف الموقوف وإنفاذه أو رفضه وإبطاله[2].

ثانيا – حكم موت المجيز في القانون المدني:

تنص المادة 174 من التقنين المدني الأردني على أنه: « يشترط لصحة الإجازة قبول التصرف للإجازة وقت صدوره ووقت الإجازة ووجود من له الإجازة وطرفي العقد والمتصرف فيه وبدله إن كان عينا وقت الإجازة ». وهذا الحكم هو نفسه الذي أوردته المادة 216 من قانون المعاملات المدنية الإماراتي التي تقضي بأنه: « يشترط لصحة الإجازة قبول التصرف للإجازة وقت صدوره ووقت الإجازة، كما يشترط أن يكون موجودا وقت الإجازة من له الحق فيها وطرفا العقد، والمتصرف فيه، وبدله إن كان عينا ».

وبناء على ذلك، فإن وفاة المجيز قبل أن يجيز بيع الفضولي يُبطل التصرف فلا تلحقه الإجازة من الوارث، وسبب ذلك، كما يرى المذهب الحنفي، هو أن الإجازة هي مشيئة وإرادة، إذ هي حق شخصي لا ينتقل إلى الوارث وإنما يزول بموت المجيز (المورث) ويؤدي بالتالي إلى زوال العقد.

---

1 – يقول الكمال بن الهمام في الهداية على شرح بداية المبتدىء (ج 5، المرجع السابق، ص ص212–213) ما يأتي: « ولو هلك المالك لا ينفذ بإجازة الوارث لأنه توقف على إجازة المورث لنفسه فلا يجوز بإجازة غيره ».

2 – عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق، ص197؛ محمد سعيد جعفور إجازة العقد، المرجع السابق، ص45؛ علي الخفيف، تأثير الموت في حقوق الإنسان، المرجع السابق، ص29.

غير أن المادة 141 من التقنين المدني الأردني أوردت استثناء على هذه القاعدة أجازت بموجبه انتقال حق الإجازة إلى الورثة بعد وفاة المورث في عقد المكرَه[1]. وعليه، فإذا مات المكرَه دون أن يجيز التصرف فإن حق الإجازة ينتقل إلى جميع الورثة الذين لهم الحق في إجازته أو رده، أما إذا أجازه البعض ورفضه البعض الآخر فإنه ينفذ في حصة من أجازه ويرد في حصة من لم يجزه.

أما التقنين المدني العراقي فلم يشترط قيام المجيز وقت الإجازة، وهذا طبقا للمادة 136ف/1 منه.

ولم يتضمن التقنين المدني المصري نصا خاصا، وإنما بالرجوع إلى القواعد العامة في القانون يمكن القول بأن حق الإجازة ينتقل إلى الوارث إذا لم يجزه المورث في حياته. فبالرجوع إلى المادة 145 نجدها تنص على أن: « ينصرف أثر العقد إلى المتعاقدين والخلف العام دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالميراث، ما لم يتبين من العقد أو من طبيعة التعامل أو من نص القانون أن هذا الأثر لا ينصرف إلى الخلف العام ».

وذلك هو الحكم نفسه الذي أخذ به المشرع الجزائري في المادة 108 من التقنين المدني. ولم يُشر المشرع الجزائري لا في التقنين المدني ولا في تقنين الأسرة إلى انتقال الحق في الإبطال أو الإجازة إلى الوارث، لأن القواعد العامة في موضوع انصراف أثر العقد إلى الخلف العام تغني عن ذلك. فالخلف العام هو من يخلف الشخص في ذمته المالية كلها أو في جزء منها، وهو الوارث الذي يخلف المورث في تركته أو الموصى له بجزء من التركة[2].

وعليه فالوارث هو خلف عام للمورث لأنه يخلفه في كل التركة إذا كان الوارث الوحيد، وفي جزء منها إذا تقاسم معه ورثة آخرون في جزء من كل التركة، أو الموصى له بجزء من التركة كالثلث مثلا، فهو بذلك يعتبر خلف عام في جزء من أموال التركة.

وبالرجوع إلى المادة 109 من تقنيننا المدني نجد أن الخلف الخاص هو كل من يخلف الشخص في عين معينة بالذات أو في حق عيني عليها، كالمشتري الذي يخلف البائع في ملكية المبيع أو الموصى له الذي يعين له عين من أموال التركة يخلف فيها الموصي.

---

1 – تنص المادة 141 من التقنين المدني الأردني على ما يلي: « من أكره بأحد نوعي الإكراه على إبرام عقد لا ينفذ عقده ولكن لو أجازه المكره أو ورثته بعد زوال الإكراه صراحة أو دلالة ينقلب صحيحا »، وهي تطابق المادة 182 من قانون المعاملات المدنية الإماراتي، وتقابل المادة 134 من التقنين المدني العراقي.

2 – عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق، ج 5، ص10؛ عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق، ص198.

فالخلف، إذن، سواء كان عاما أو خاصا ينصرف إليه أثر العقد ولا يعتبر من الغير، ويترتب على انصرافه إلى الخلف العام أنه يسري في حقه ما يسري في حق السلف في شأن هذا العقد، ومنه فإن كلا من حقي الإجازة والإبطال ينتقل إلى الورثة[1]. وهو ما جنح إليه جمهور الفقهاء من المالكية والحنابلة والشافعية، كما ورد سابقا، في مدى انتقال حق الإجازة إلى الوارث.

وتجدر الإشارة، هنا، إلى أن هناك بعض القوانين التي نصت صراحة على انتقال حق الإبطال إلى الورثة، منها قانون الموجبات والعقود اللبناني الذي يقضي في المادة 234 بأن: « الحق في إقامة دعوى الإبطال لا يكون إلا للأشخاص الذين وضع القانون البطلان لمصلحتهم أو لحمايتهم... وينتقل هذا الحق إلى ورثة صاحبه »، ومجلة الالتزامات والعقود التونسية التي تشير في المادة 124ف/1 إلى انتقال حق الشخص في طلب الإبطال والإجازة إلى وارثه، إذ تقضي بأنه « إذا توفى من له خيار الفسخ قبل انقضاء الأجل، انتقل الخيار لورثته في الإمضاء والفسخ فيما بقي من الأجل لمورثهم ».

وختاما لهذا الموضوع نطرح هذا التساؤل: إذا كان الوارث خلفا عاما **فهل تنتقل إلى الوارث كل آثار العقود التي أبرمها المورث قبل وفاته؟**

إنّ المبدأ العام الذي يحكم نظام الميراث الإسلامي وهو « لا تركة إلا بعد سداد الديون » يُعمل به في القانون الجزائري على غرار سائر قوانين الدول الإسلامية، ومقتضاه أن الحقوق تنتقل إلى الوارث أما الديون والالتزامات فلا تنتقل إليه، بل تبقى في ذمة التركة ولا تنتقل التركة إلى الوارث إلا بعد سداد كل الديون[2].

---

1 – وتستثنى من ذلك حالات تناولتها المادة 108 من التقنين المدني الجزائري التي لا تنصرف فيها آثار العقد إلى الخلف العام وهي: أ– **إذا اتفق المتعاقدان على ذلك:** إن العقد شريعة المتعاقدان، فيجوز أن يتفق المتعاقدان على عدم انتقال الحق إلى الورثة وانقضاء العقد بمجرد وفاة أحدهما، ومثال ذلك أن يمنح البائع المشتري أجلا لسداد الثمن ويقصر هذا الأجل على المشتري فقط، فإذا مات المشتري التزم وارثه بدفع الثمن فورا. وبذلك لا ينصرف أثر العقد إلى الخلف العام.

ب– إذا تبين ذلك من طبيعة التعامل: قد ينقضي العقد بموت أحد أطرافه وهو الأمر الذي يرجع إلى طبيعة العقد لما تكون لشخصية المتعاقد من أهمية، ومثاله أن يتعاقد المريض مع جراح ويموت الجراح فإن الالتزام ينقضي لما لشخصية المتوفى من اعتبار، ولا تسمح طبيعته أن ينتقل إلى الوارث.

ج– إذا كان هناك نص قانوني يقضي بعد انصراف أثر العقد إلى الخلف العام: ومنه لا يجوز للخاف العام أن يخلف مورثه في حق معين من حقوقه، مثال ذلك ما نصت عليه المادة 586 من تقنيننا المدني من انقضاء الوكالة بموت الموكل أو الوكيل، والمادة 439 من التقنين ذاته من انتهاء الشركة بموت أحد الشركاء.

2 – بخلاف ما يعمل به التشريع الفرنسي الذي يعتبر الوارث مجرد امتداد لشخصية المورث، وبذلك فإن كل حقوق المورث وكل ديونه تنتقل إلى الوارث. فالوارث يخلف المورث ويلتزم بكل ديون مورثه حتى ولو كانت تفوق قيمتها نصيبه من الأموال متروكة.

ويستنتج مما سبق، أن كلا من الحق في الإجازة والحق في إبطال العقد ينتقل إلى الورثة لاعتباره حقا متعلقا بالمال وينتقل معه. فإذا كان للوارث حق إبطال العقد بعد وفاة مورثه فله، من باب أولى، أن ينزل عن هذا الحق بإجازته، إذ ليس من شأن إجازته أن تضيف جديدا إلى العقد وإنما غايتها هي تقوية عوامل صحته وتأكيد ما أنتجه من آثار في الفترة ما بين انعقاده ووقت صدور الإجازة. ثم إنّ من شأن تمكين الوارث من الإجازة المحافظة على استقرار المعاملات في المجتمع عن طريق الإبقاء على التصرف الذي كان قد أبرمه المورث قبل وفاته، بخلاف استعمال حق الإبطال الذي يؤدي إلى عدم استقرار المعاملات وزعزعتها[1].

وبهذا الاستنتاج نجد أن القانون المدني يتفق مع الفقه الإسلامي الراجح في انتقال حق الإجازة إلى الوارث.

الفرع الثالث

تنفيذ التصرف الموقوف قبل الإجازة

إنّ تنفيذ التصرف الموقوف ممن خول له القانون ذلك قبل إجازته غير جائز لما فيه من اعتداء على حقوق الناس. لكنه قد ينفذ رغم ذلك، فلا يعتبر عندها إلا واقعة مادية، أما التصرف فلا يتغير وصفه ويظل موقوفا[2] على الإجازة إلا إذا حصل من التنفيذ بعض العوارض التي تؤثر في مصير التصرف، كما لو هلك المعقود عليه كما سنرى عند دراستنا لشروط صحة إجازة التصرف الموقوف.

أما تفصيل موضوع تنفيذ البيع الموقوف وما يترتب عليه وهلاك المعقود عليه من آثار فسنتناولها عند دراسة آثار رفض إجازة التصرف الموقوف.

لكن يجدر بنا، في هذا المقام، أن نتناول موضوع تنفيذ النكاح الموقوف والآثار المترتبة عليه في الفقه الإسلامي لأهميته.

فإذا تم الدخول بالزوجة بناء على عقد نكاح موقوف، فإن الأمر فيه خلاف:

– ففي **المذهب الحنفي**، بعتبر الدخول في النكاح الموقوف كالدخول في النكاح الفاسد،

---

1 – محمد سعيد جعفور، إجازة العقد، المرجع السابق، ص ص38–39.

2 – تنص المادة 23ف/2 من مشروع قانون الأحوال الشخصية المصري على أنه: « إذا باشرت الفتاة العقد بعد رضا الولي صح العقد وإذا انفرد أحدهما بالعقد قبل رضا الآخر كان موقوفا على إجازته ».

فينتج عنه سقوط الحد وثبوت النسب ويوجب الأقل من المسمى ومن مهر المثل، ولا يوجب النفقة ولا يقع فيه طلاق ولا ظهار ولا إيلاء، وإذ توفي أحد الزوجين لم يرثه الآخر، لكن إذا حدث دخول بين الزوجين في مدة وقف العقد ثم أجازه من يملك الإجازة، فإن العقد يصبح صحيحا نافذا لأن الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة[1].

والسؤال الذي قد يُطرح، هو هل إذا تم الدخول في النكاح الموقوف يُلزم الزوج بمهرين: مهر يُستحق بالدخول قبل الإجازة، وهو بمنزلة الدخول في نكاح فاسد، ومهر بالدخول بعدها؟ فبحسب القياس، يجب ذلك، ولكن الاستحقاق لا يوجب إلا مهرا واحدا لأن إجازة العقد الموقوف تستند إلى وقت إبرام العقد، فالإجازة اللاحقة كالإذن السابق، وعليه فلا يجب إلا مهر واحد[2].

– **أما في مذهب الزيدية** فيعتبر الدخول في النكاح الموقوف مع العلم بالتحريم من الزوجين أو من أحدهما مستوجبا للحد على من علم، أما إذا كان الزوجان جاهلين معا وجب المهر وهو الأقل من المسمى ومن مهر المثل[3].

وقد نصت المادة 37 من مشروع قانون الأحوال الشخصية المصري على أن: « الزواج الصحيح غير النافذ لا يترتب عليه قبل الإجازة والدخول شيء من آثار الزواج الصحيح، وإذا وقع الدخول فيه قبل الإجازة أخذ حكم الزواج الفاسد بعد الدخول إذا لم يُجز، ويعتبر زواجا نافذا من وقت العقد إذا أجيز ».

أما إذا تم الدخول بعد أن رفض من يملك الإجازة أو الرفض إجازة العقد، ثم علم الزوجان ببطلان العقد بسبب الرفض فإن هذا الدخول يعتبر اتصالا غير مشروع ومعصية محضة، فيقام فيه الحد ولا يترتب عليه أي أثر من آثار عقد الزواج[4].

---

1 – **في الفقه الحنفي:** الهداية على شرح بداية المبتدىء، كمال بن الهمام، ج 2، المرجع السابق، ص391 وقد جاء فيها ما يلي: « وينعقد نكاح الحرة العاقلة البالغة برضاها وإن لم يعقد عليها ولي بكرا كانت أو ثيبا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله في ظاهر الرواية وعند أبي يوسف رحمة الله أنه لا ينعقد إلا بولي وعند محمد ينعقد موقوفا وقال مالك والشافعي رحمهما الله لا ينعقد النكاح بعبارة النساء أصلا لأن النكاح يراد لمقاصده، والتفويض إليهن مخل بها ».

2 – الكاساني، بدائع الصنائع، ج2، المرجع السابق، ص236؛ محمد بن إسماعيل الغشم، المرجع السابق، ص76.

3 – ابن المظفر، البيان الشافي للقاضي العلامة عماد الدين يحي بن احمد بن مظفر، مكتبة غمضان لاحياء التراث اليمني، صنعاء، الناشر: مجلس القضاء الاعلى،ج2، 1984م، ص ص145–147.

4 – عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق، ص170.

المبحث الثاني

حكم إجازة العقد الموقوف

العقد الموقوف، كما سبق تعريفه، هو عقد منعقد وقائم وصحيح لأنه صادر من أهله مضافا إلى محله، لكنه لا تترتب عليه آثاره إلا بصدور التعبير عن الإرادة في إنفاذه، وهو ما يسمى في لغة الفقه الإسلامي والقانون المدني بالإجازة.

ولما كانت إجازة التصرف الموقوف تعني الرضا اللاحق بالتصرف، وسقوط الحق في عدم التمسك بالإبطال، وإزالة المانع من النفاذ مما يؤدي إلى نفاذ التصرف واستقراره، فهي إذن مرحلة هامة من مراحل العقد الموقوف التي بواسطتها ينتقل إلى مرحلة النفاذ.

وعليه، نتناول موضوع هذا المبحث في مطالب ثلاثة: نعالج أولا كلا من التعريف بالإجازة وصاحب الحق فيها وخصائصها (المطلب الأول)، وندرس ثانيا شروط صحة الإجازة وكيفية التعبير عنها (المطلب الثاني)، ونعرض اخيرا للآثار المترتبة على تحقق الإجازة (المطلب الثالث).

المطلب الأول

التعريف بالإجازة وصاحب الحق فيها وخصائصها

تقتضي مصلحة المتعاقدين من إبرام التصرفات القانونية نفاذ العقود وإنتاج آثارها وليس وقفها، لأن المرجو من إبرام العقد، غالبا، هو نفاذه والانتفاع بآثاره الأمر الذي لا يتحقق إلا بإجازته. والإجازة تعني الرضا بالتصرف المجاز وبآثاره بغرض إنفاذه إن لم يكن نافذا أو بغرض تثبيت آثار التصرف إن كانت قد ترتبت وإزالة المخاطر التي تتهددها بحيث تصبح مستقرة.

لذا نقسم هذا المطلب ونعقده إلى تعريف الإجازة وصاحب الحق فيها في (الفرع الأول)، ثم الى خصائص الإجازة في (الفرع الثاني).

الفرع الأول

التعريف بالإجازة وصاحب الحق فيها

للإحاطة بمفهوم الإجازة، يتعين الوقوف على تعريفها في فقه الشريعة الإسلامية وفي القانون المدني، ثم تحديد صاحب الحق فيها وهو ما يُطلق عليه "**المجيز**". ولرفع أي تشابه

أو التباس بين الإجازة وما يقترب من مفهومها من أنظمة، يجب التعرض لخصائصها ومقارنتها بهذه الأنظمة.

أولا – التعريف بالإجازة في الفقه الإسلامي والقانون المدني:

1- التعريف بالإجازة في الفقه الإسلامي:

أ- لغة: الإجازة هي إنفاذ التصرف وإمضاؤه وجعله نافذا ممن له الحق فيه. يقال: "أجاز التصرف" أي أمضاه وأنفذه، "جاز المكان يجوزه جوزا وجوازا"، سار فيه[1].

ب- اصطلاحا: المرغيناني بأنها « تصرف في العقد بالإبقاء أو هي رفع المانع »[2]. وجاء في فتح القدير لابن الهمام أن « الإجازة تصرف في العقد بالإبقاء »[3]. وعرّفها الدكتور عبد الرزاق حسن فرج بأنها: « تصرف قانوني انفرادي يعلن فيه من له الحق بمباشرتها عن إبقائه للتصرف الذي انعقد موقوفا بحقه وجعله منتجا لآثاره مستندا إلى لحظة انعقاده »[4].

ونرى مع بعض الفقهاء أن الإجازة تصرف انفرادي يصدر عن صاحب الحق فيه لإبقاء تصرف قانوني أو مادي موقوف النفاذ في حقه، فيترتب عليه نفاذ التصرف وإنتاجه كافة آثاره بأثر رجعي أو بأثر حال حسب طبيعة التصرف الموقوف[5].

وبهذا تكون الإجازة بمثابة رفع للمانع الذي كان يحول دون هذا التصرف الموقوف وترتيب آثاره. فتصرف الصبي المميز الدائر بين النفع والضرر، مثلا، يصدر منه موقوفا، ولكنه ينفذ بإجازة من له حق الإجازة[6].

إنّ الإجازة في الفقه الإسلامي ترد على عقد موقوف منعقد وصحيح لم ينتج أثره، فهي بذلك لا تخرج عن أنها تصرف انفرادي من صاحب الحق فيه لإنفاذ عقد موقوف عليه، فينتج أثره من يوم انعقاده.

---

1 – المقري، المصباح المنير، ج 1، ص54، كتاب الجيم؛ جاء في المعجم الوسيط، باب الجيم، ص146 ما يلي: « أجاز الشيء جعله جائزا وفي العقد وغيره أمضاء وأنفذه ».

2 – الميرغيناني، الهداية شرح بداية المبتدىء، ج7، المرجع السابق، ص54.

3 – بن الهمام، شرح القدير، ج5، المرجع السابق، ص311 حيث يقول إن: « الإجازة هي تصرف في العقد بالإبقاء ».

4 – عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق، ص202.

5 – محمد سعيد جعفور، إجازة العقد، المرجع السابق، ص24؛ طاهر خليفة السيسني، المرجع السابق، ص18.

6 – بن الهمام، تكملة فتح القدير، ج8، المرجع السابق، ج8، ص224 وقد جاء فيها أن: « الإجازة رفع المانع ».

2- التعريف بالإجازة في القانون المدني:

تعرف الإجازة في اصطلاح فقهاء القانون المدني بأنها تصرف قانوني انفرادي يعلن فيه من له الحق بمباشرتها عن إبقائه للتصرف الذي انعقد موقوفا بحقه وجعله منتجا لآثاره مستندا إلى لحظة انعقاده[1].

وهي في القانون المدني، الفرنسي والمصري والقوانين التي حذت حذوهما كالتقنين المدني الجزائري، تَرد على العقد القابل للإبطال الذي لا يعرفه الفقه الإسلامي، والغرض منها هو النزول عن حق طلب إبطال التصرف ويترتب عليها زوال الخطر الذي كان يهدد التصرف فيستقر نهائيا[2].

أما في بعض التقنينات المدنية العربية التي سلكت مسلك الفقه الإسلامي في أخذها بنظرية العقد الموقوف، فإن الإجازة فيها ترد على العقد الموقوف، كما بينا ذلك بالنسبة إلى كل من التقنين المدني الأردني والعراقي وتقنين الأسرة الجزائري مثلا.

3 – مقارنة بين تعريف الإجازة في الفقه الإسلامي وتعريفها في القانون المدني:

أ- أوجه الاتفاق:

– الإجازة في كل من الفقه الإسلامي والقانون تصرف صادر من جانب واحد، وهي تُحدث أثرها دون الحاجة إلى قبول من الطرف الآخر.

– الإجازة في كل منهما تحدث أثرها دون الحاجة إلى قبول من الطرف الآخر.

– عدم جواز الرجوع في الإجازة متى صدرت صحيحة ممن يملك إصدارها[3].

ب- أوجه الاختلاف:

– الإجازة في الفقه الإسلامي والقوانين التي حذت حذوه، ترد على عقد منعقد لكنه

---

1 – عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق، ج4، المرجع السابق، ص ص181–182؛ محمد جبر الألفي، الفضالة، المرجع السابق، ص85.

2 – عبد المنعم فرج الصدة، نظرية العقد، ج2، المرجع السابق، ص79.

يرى الفقيهان **بودري وبراد** (أنّ الإجازة تفترض نزول المتعاقد الذي تقرر حق الإبطال لمصلحته عن حقه في طلب إبطال العقد القابل للإبطال)

BAUDRY-Lacantinery,(G), Brade(L),Traité Theorique Et Pratique De Droit Civil : Les Obligations,T .3,3é Edition, Paris, 1908, p.343

وانظر في المعنى نفسه:

Jacques FLOUR, Jean-Luc AUBERT, Eric SAVAUX, Op .Cit.p.302: « La confirmation est l'acte par lequel une personne renonce au droit d'invoquer une nullité. Elle consiste donc un acte unilatéral, émanant de la seule volonté du confirmant ».

3 – عبد المنعم فرج الصدة، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية،ج4، المرجع السابق، ص403.

موقوف النفاذه الإجازة. أما الإجازة في القانون فترد على عقد منعقد منتج لكل آثاره.

– إجازة العقد الموقوف، في الفقه الإسلامي، هي التي تجعل العقد ينتج آثاره التي كانت متوقفة مستندة إلى وقت إبرامه. إجازة العقد القابل للإبطال في القانون المدني فهي تعتبر مجرد نزول عن طلب حق الإبطال ولذا فهي وسيلة **لتأكيد آثار العقد لأنها لا تضيف للعقد شيئا جديدا**، إذ أنه كان منتجا لآثاره قبل ورود الإجازة عليه[1].

ولما كان معنى الإجازة في القانون هو ما ذكرنا، فقد نادى أستاذنا الدكتور علي علي سليمان، رحمه الله، إلى ضرورة تعديل نص المادة 100 من التقنين المدني الجزائري لتدارك الخطأ الوارد فيها المتمثل في إقحام **لفظ "الإجازة"** في العقد القابل للإبطال الذي لا يحتاج إلى إجازة لتصححه وإنما يحتاج إلى زوال وإسقاط الحق في طلب الإبطال[2]. كما اقترح الأستاذ محمد سعيد جعفور إطلاق لفظ "**التأييد**" بدلا من كلمة "الإجازة"، مبررا ذلك باعتبارين[3]:

الاعتبار الأول: إن مصطلح **التأييد**، في نظره، يفيد تأكيد ما ترتب على العقد القابل للإبطال من آثار في الفترة السابقة على تأييده.

الاعتبار الثاني: إن لفظ **التأييد** هو المصطلح المطابق لمصطلح **confirmation** الذي استعمله كل من المشرع الجزائري في الصياغة الفرنسية لنصي المادتين 100 و102 من التقنين المدني الجزائري والمشرع الفرنسي في المواد 1338، 1339 و1340 من تقنينه المدني.

وبناء على هذين الاعتبارين، يرى الدكتور محمد سعيد جعفور إعادة صياغة المادة 100 كما يلي: « يزول حق إبطال العقد بالتأييد الصريح أو الضمني. ويستند الإبطال، فيما لو حكم به، إلى التاريخ الذي تم فيه العقد، دون إخلال بحقوق الغير ».

ونشير إلى أن لفظ **الإجازة** في التقنين المدني الجزائري، على غرار نظيره المصري، ليس مرادفا للفظ **الإقرار**، وذلك على الرغم من أن المصطلحين تصرفان قانونيان من جانب واحد: فالإجازة ترد على العقد القابل للإبطال وتصدر من أحد طرفي العقد لتزيل ما لحق به

---

1 – عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق، ص402.

2 – علي علي سليمان، ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1992، ص97؛ وتنص المادة 100 من التقنين المدني الجزائري على: « يزول حق إبطال العقد بالإجازة الصريحة أو الضمنية. وتستند الإجازة إلى التاريخ الذي تم فيه العقد، دون إخلال بحقوق الغير ».

3 – محمد سعيد جعفور، إجازة العقد، المرجع السابق، ص22. ويلاحظ أن لفظ **التأييد** هو ما استعمله المشرع اللبناني في المادة 236ف/1 من قانون الموجبات والعقود التي تنص على أنّ: « **تأييد** العقد يمكن إدراجه في شكل صريح أو ضمني ».

من عيب يمكن الطعن فيه بالبطلان، في حين أنّ الإقرار[1] يرد على عقد صحيح يصدر من شخص لم يكن طرفا في العقد يريد به أن يجعله ساريا في حقه بعد أن كان أجنبيا عنه، كما هي الحال في إقرار العقد إقرار المالك الحقيقي لبيع ملكه (المادة 397 من التقنين المدني الجزائري) وكما في إقرار الأصيل لعمل تجاوزَ فيه الوكيل حدود الوكالة (المادة 575 من التقنين ذاته).

وذلك على خلاف التقنين المدني الفرنسي الذي اعتبر هذين المصطلحين مترادفين في عدة نصوص أهمها نص المادة 1338 التي جاء فيها: « وثيقة الإجازة أو الإقرار... »[2].

كما فرق الفقهاء بين مصطلح **الإجازة** ومصطلح **الإذن** الذي أوردته المادة 84 من تقنين الأسرة الجزائري التي تنص على أن: « للقاضي أن يأذن لمن بلغ سن التمييز في التصرف جزئيا أو كليا في أمواله، بناء على طلب من له مصلحة، وله الرجوع في **الإذن** إذا ثبت لديه ما يبرر ذلك ».

ونجمل هذا الفرق في النقاط التالية[3]:

– **الإجازة** تصرف لاحق على صدور العقد الموقوف بغية إنفاذه وترتيب آثاره، فلذلك تكون **لما قد وقع**، أما **الإذن** فهو ترخيص للقيام بالتصرف قبل حصوله، بمعنى يكون سابقا على إبرام التصرف **فيكون لما سيقع**. فطبقا لنص المادة 84 من تقنين الأسرة المذكور،

---

1 – محمد لبيب شنب، دروس في نظرية الإلتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1990، ص 231؛
CARBONNIER Jean, Theorie Generale Des Obligations,4é Edition , Paris 1972, P. 187 ; PLANIOL (M), RIPERT (G), Op.Cit, P. 569.

ويلاحظ أن المشرع الأردني استعمل مصطلح الإقرار للتعبير عن موافقة ورضا المالك لعقد البيع الذي أبرمه الفضولي، إذ نص في المادة 551 من تقنينه على أنه « إذا أقر المالك... »، غير أنه تفطن فعاد واستعمل مصطلح الإجازة في موضوع إيجار الفضولي في المادة 660ف/2 التي تقضي بأن « ينعقد إيجار الفضولي موقوفا على إجازة صاحب الشأن ». يقول محمد بن إسماعيل الغشم، المرجع السابق، ص 10 « إن مصطلح الإجازة في الفقه الإسلامي والقانون اليمني يشمل ما يعرف في الفقه المصري بإجازة العقد القابل للإبطال وما يعرف بإقرار التصرف غير النافذ في حق الغير، ويبدو أن طبيعة الإجازة والإقرار واحدة لا توجب الفصل الحاد بينهما. ولذلك نجد أنه في القانون المصري وقضائه وفقهه لم تلتزم هذه التفرقة وتعدد استخدام الإجازة بمعنى يشمل الإقرار ».

2 – « L'acte de confirmation ou de ratification d'une obligation contre laquelle ga loi admet l'action en nullité ou en rescision n'est valable que lorsqu'on y trouve la substance de cette obligation, la mention du motif de l'action en rescision, et l'intention de réparer le vice sur lequel cette action est fondée… ».

3 – محمد سعيد جعفور، إجازة العقد، المرجع السابق، ص ص59–60؛ عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق، ص203.

يصدر **الإذن** من القاضي للصبي المميز قبل الإقدام على إجراء هذا التصرف، وحينئذ يكون تصرف الصبي المميز صحيحا نافذا منذ تاريخ مباشرته له[1].

– التصرف الذي تلحقه **الإجازة** ينفذ ويسري بمجرد التعبير عنها، وإذا نفذ لم يتوقف نفاذه ولا يمكن الرجوع في الإجازة ممن صدرت منه، بينما يعتبر **الإذن** بإجراء تصرف ما توكيلا فيه، فيمكن الرجوع فيه قبل حدوث التصرف من الشخص المأذون له.

– **الإجازة** ترد على العقد القابل للإبطال في القانون المدني وعلى العقد الموقوف في القوانين المدنية التي تأخذ به، وترد في الفقه الإسلامي على كل من العقد الموقوف والعقد غير اللازم بسبب اقترانه بخيار عقدي أو بعيب من عيوب الإرادة، أما **الإذن** فيكون في كل تصرف وفعل يقبل الإذن فيه.

لكن، مع ذلك، يلاحظ أن المشرع الجزائري في الصياغة الفرنسية للمادة 83 من تقنين الأسرة يستعمل مصطلح **الإذن (autorisation)** وهو يقصد **الإجازة (confirmation)**[2].

ثانيا – صاحب الحق في الإجازة:

يقصد بالمجيز في الفقه الإسلامي الشخص الذي له القدرة على إمضاء العقد، ويسمى "**من له حق الإجازة**" و"**من شُرع حق الإجازة له**"[3].

والإجازة في هذا الفقه ترد على كثير من العقود، وبذلك يختلف شخص المجيز بحسب اختلاف العقد الذي تلحقه الإجازة: فقد ترد على العقد الموقوف، كما قد ترد على العقد غير اللازم الذي اقترن بأحد الخيارات العقدية فتجعله غير لازم لمن شُرع الخيار لمصلحته فله أن يجيزه أو يفسخه، وقد ترد على العقد الذي يبرمه العاقد وتكون إرادته مشوبة بأحد العيوب التي تعتري الإرادة، وذلك مع ملاحظة أن الفقه الإسلامي يعتبر عيب الإكراه سببا يجعل العقد موقوفا في حق المكرَه، بينما يعتبر العيوب الأخرى سببا تجعل العقد غير لازم في حق معيب الإرادة[4].

---

1 – يقول ابن قدامه في المغني، ج 4، المرجع السابق، ص468 إنه « ... متى أذن له فتصرف، صح تصرفه ».

2 – ورد في الصياغة الفرنسية للفقرة الثانية من المادة 83 من تقنين الأسرة ما يأتي:

« Ces actes sont soumis à **l'autorisation** du tuteur légal ou du tuteur testamentaire, lorsqu'il y a incertitude entre le profit et le préjudice…»

3 – محمد زكي عبد البر، المرجع السابق، ص41.

4 – محمد سعيد جعفور، إجازة العقد، المرجع السابق، ص29.

وبما أن موضوعنا يتعلق بالعقد الموقوف، فإننا نترك المجيز في العقود غير الموقوفة لكونه يخرج عن دراستنا، ونتولى تحديد المجيز في العقد الموقوف.

أما المجيز في القانون المدني، الذي يأخذ بفكرة العقد القابل للإبطال، فهو الشخص الذي خول له القانون حق التمسك بالبطلان.

وسنبين، فيما يأتي، من هو صاحب الحق في الإجازة بحسب نوع التصرف الذي يدخل في نطاق دراستنا؟ وما حكم موت الشخص الذي له حق الإجازة، فهل ينتقل هذا الحق إلى وارثه أم لا؟

1 – المجيز في بيع الفضولي:

المجيز في بيع الفضولي هو المالك الذي بيع ملكه دون إذنه أو وليه أو وصيه أو وكيله، فيتوقف العقد على إجازة المالك، فإن أجازه نفذ واعتبر البائع وكيلا عنه منذ انعقاد العقد، وإن لم يجزه بقي العقد موقوفا غير مرتب لآثاره إلى وقت غير محدد[1]. أما إذا رفض المالك إجازة العقد عُد العقد في حكم الباطل وكأنه لم يكن.

ولا يثبت حق الإجازة لكل من الفضولي ولا للمشتري:

أ– بالنسبة إلى الفضولي: فلو أجاز المالك العقد الموقوف أصبح الفضولي وكيلا وبالتالي ترجع حقوق العقد إليه، فيطالَب بالتسليم ويخاصَم بالعيب، لذلك خوله الشارع الحق في دفعه لهذه الالتزامات عن نفسه قبل ثبوتها، وبحقه في فسخ العقد قبل صدور إجازة المالك[2].

ب– بالنسبة إلى المشتري من الفضولي: ليس له حق الإجازة ولكن له حق فسخ العقد الذي أجراه مع الفضولي قبل إصدار المالك إجازته، لأنه إذا سبق أن أجاز المالك العقد فلا يكون للمشتري من الفضولي حق الفسخ، وبهذه الإجازة يعتبر عقده نافذا منذ إبرامه ويصبح المشتري مالكا للشيء المبيع من ذلك الوقت[3].

---

1 – الكاساني، بدائع الصنائع، ج5، المرجع السابق، ص148؛ عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق، ص213؛ عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق، ج4، المرجع السابق، ص181.

2 – الكاساني، المرجع السابق، ص152 حيث جاء أنه: « ... للفضولي ... أن يفسخ (العقد) قبل إجازة المالك، حتى لو أجازه لا ينفذ لزوال العقد الموقوف. وإنما كان له ذلك ليدفع الحقوق عن نفسه. فإنه بعد الإجازة يصير كالوكيل فترجع حقوق العقد إليه، فيطالب بالتسليم ويخاصم بالعيب، وفي ذلك ضرر به، فله دفعه عن نفسه قبل ثبوته... ».

3 – عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق، ص213؛ محمد سعيد جعفور، إجازة العقد، المرجع السابق، ص31.

ولما كانت الإجازة في لغة القانون المدني تعني النزول عن حق طلب الإبطال، فلا يملكها إلا من يملك الحق في طلب إبطال العقد، غير أن هذه القاعدة لا تطبق على المالك في بيع ملك الغير وهو من بيع ملكه دون إذنه، فيثبت له حق **إقرار** البيع وإن لم يكن له الحق في إبطاله ما دام ليس طرفا في العقد[1].

2 – المجيز في حالة تجاوز الوكيل حدود الوكالة:

يرى الفقه أن العقد يكون موقوفا في حالة تجاوز الوكيل حدود الوكالة المرسومة له. ولما كان الموكل يملك مباشرة التصرف ويملك الإذن بالمجاوزة لعقد الوكالة، فإنه من مقتضى المنطق أن يكون للموكل الحق في إجازة الجزء الموقوف في حقه وتطبيق القاعدة الفقهية "الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة"[2].

ويلاحظ أن المشرع الجزائري لم يورد نصا بخصوص التصرف الذي يقوم به الوكيل خارج الحدود المرسومة لوكالته، كما فعل في بيع ملك الغير الذي يعتبره تصرفا قابلا للإبطال طبقا للمادة 397 مدني، وعليه نرى أن الأولى اعتباره تصرفا موقوفا على غرار التصرف الموقوف في الفقه الإسلامي، إذ لا مانع من القول بالوقف لعدم وجود نص يحسم حكم الوكيل المتجاوز حدود الوكالة، وهذا تطبيقا لحكم المادة الأولى من التقنين المدني التي تقضي بالرجوع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية حيث لا يوجد نص تشريعي.

ولما كان الوكيل ملزما بتنفيذ الوكالة وفقا للحدود المرسومة، فإنه إذا تعذر عليه إخطار الموكل سلفا وكانت الظروف يغلب معها الظن بأنه ما كان يسع الموكل إلا الموافقة على هذا التصرف، وقام الوكيل بإخطار الموكل بهذا التجاوز في أقرب فرصة، فإن الوكالة في الحدود المجاوزة تكون موقوفة على إجازة الموكل، لأن المشرع الجزائري طبقا لنص المادة 575 مدني لم يذكر الجزاء الذي يترتب على هذه المجاوزة[3].

---

1 – عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج 1، المرجع السابق، الهامش 3، ص516، وانظر في ذلك: المادتين 397 و398 من التقنين المدني الجزائري، المادتين 466 و467 من التقنين المدني المصري؛ المادة 1599 من التقنين المدني الفرنسي.

2 – جامع الفصولين للحنفي، ج 1، المرجع السابق، ص235 جاء فيها: « باع بلا أمره ثم بعد وكالته جاز »؛ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، العقود الواردة على العمل المقاولة والوكالة والوديعة والحراسة، دار احياء التراث العربي، 1964، بيروت، لبنان، ج7، ص455.

3 – تنص المادة 575 من التقنين المدني الجزائري على:

« الوكيل ملزم بتنفيذ الوكالة دون أن يتجاوز الحدود المرسومة. =

3 – المجيز في حالة تعلق حق للغير بالمعقود عليه:

إذا تعلق بمحل العقد حق للغير انعدمت الولاية على هذا المحل، وبذلك يكون التصرف موقوفا على إجازة هذا الغير. ويختلف الغير باختلاف سبب التصرف:

– ففي بيع العين المستأجرة، يتوقف نفاذ العقد على **إجازة المستأجر** لأنه هو الذي يملك إجازة التصرف.

– وفي بيع الشيء المرهون، يتوقف نفاذ العقد على **إجازة المرتهن** لأن الوقف شرع أصلا لحمايته[1].

– وفي البيع الذي يصدر من المريض مرض الموت لوارث بدون عوض أو بعوض متجاوزا فيه حدود الثلث، **يثبت الحق في الإجازة للوارث.**

– وفي الوصية للوارث أو لغير وارث إذا جاوزت حدود الثلث، فإن إجازتها ترجع إلى **الورثة أو إلى الدائنين إذا كانت مستغرقة بالدين**[2]. فإذا كان الدين مستغرقا للتركة فتكون الوصية موقوفة على **إجازة الدائنين** لأن الدين واجب القضاء قبل الوصية طبقا للقاعدة الفقهية « لا تركة إلا بعد سداد الديون »[3]، ولأن الدين متعلق بالتركة وحق ثابت للدائن، أما الوصية فهي تبرع وحق محتمل. وحتى تتوقف الوصية على إجازة الورثة، فإنه لا بد من تحقق صفة الوارث في المجيز، والوارث هو من كان وارثا عند الموت وإن لم يكن وارثا عند الإيصاء، وهذا طبقا لنص المادة 184 من تقنين الأسرة الجزائري التي تقضي بأن:

=لكن يسوغ له أن يتجاوز الحدود إذا تعذر عليه إخطار الموكل سلفا وكانت الظروف يغلب معها الظن بأنه ما كان يسع الموكل إلا الموافقة على هذا التصرف، وعلى الوكيل في هذه الحالة أن يخبر الموكل حالا بتجاوزه حدود الوكالة ».

1 – محمد زكي عبد البر، المرجع السابق، ص42.

2 – رشاد السيد إبراهيم عامر، تصرفات المريض مرض الموت في القانون المدني الجزائري والشريعة الاسلامية، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر، 1984، ص84؛ نبيل صقر، تصرفات المريض مرض الموت، دارالهدى للطباعة والنشر والتوزيع، عين مليلة، الجزائر، 2008، ص57؛ عزت كامل، الوجيز في تصرفات المريض مرض الموت، دراسة فقهية قضائية معلقا عليها باحكام محكمة النقض، سعد سمك للمطبوعات القانونية والاقتصادية، القاهرة، 2000، ص37.

3 – تنص المادة 180 من تقنين الأسرة الجزائري على ما يلي:

« يؤخذ من التركة حسب الترتيب الآتي:

1– مصاريف التجهيز والدفن بالقدر المشروع،

2– الديون الثابتة في ذمت المتوفى،

3– الوصية ».

« الوصية تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع »، والتمليك بالوصية لا يكون إلا بعد الموت[1].

ويستنتج من ذلك أن الإجازة يجب أن تصدر بعد الوفاة، لأنها لو صدرت قبلها فإنما صدرت قبل ثبوت الحق في المال، ولذلك تكون باطلة لانعدام المحل.

4 – المجيز في حالة تصرف الصبي المميز ومن في حكمه:

إن التصرف الدائر بين النفع والضرر الذي يبرمه الصبي المميز، ومن في حكمه كالسفيه وذي الغفلة بعد الحجر عليهما، يتوقف على الإجازة. وصاحب الإجازة في مثل هذا التصرف هو كل من الولي والوصي والصبي المميز بعد بلوغ رشده والسفيه وذي الغفلة بعد رفع الحجر عليهما.

وقد أشارت المادة 997 من مجلة الأحكام العدلية إلى أن المجيز قد يكون ولي الصبي المميز إذ قضت بما يأتي: « ... أما العقود الدائرة بين النفع والضرر في الأصل، فتنعقد موقوفة على إجازة وليه، ووليه مخير بين إعطاء الإجازة وعدمها، فإن رآها مفيدة في حق الصغير أجازها وإلا فلا ».

يتضح من ذلك أن التصرف الذي يبرمه الصبي المميز متى كان دائرا بين النفع والضرر يتوقف وينفذ بإجازة من له الولاية أو الوصاية. وهو ما نصت عليه المادة 428 من مرشد الحيران من أنه: « إذا انعقد البيع موقوفا غير نافذ... بأن كان العاقد صبيا مميزا، فلا يفيد ملك المبيع للمشتري ولا ملك الثمن لصاحب المبيع إلا إذا أجازه ... الولي أو الوصي ».

وخول الفقه الإسلامي للصبي المميز حق إجازة تصرفه بعد بلوغه سن الرشد، لأنه بعد بلوغ هذه السن ينتقل إليه حق إجازة تصرفاته الموقوفة التي كان قد باشرها حال صغره ولم يسبق لوليه أو لوصيه أن أجازها أو ردها، لأنه متى بلغ سن الرشد استقل في التصرف بحقوقه[2].

لكن إذا سبق للممثل الشرعي، من ولي أو وصي، أن رفض التصرف الذي أجراه الصبي المميز ومن في حكمه، فلا يحق له أن يجيز هذا العقد لأنه قد أبطل بالرفض، والإجازة لا ترد على العقد الباطل، بل أن الممثل الشرعي نفسه قبل بلوغ الصغير سن الرشد لا يملك أن

---

1 – محمد زهدور، الوصية في القانون المدني الجزائري والشريعة الإسلامية، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1991، ص212.

2 – عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق، ص214.

يرجع عن الرفض إلى الإجازة أو عن الإجازة إلى الرفض[1].

ويلاحظ أن التقنينات المدنية العربية، التي استمدت فكرة العقد الموقوف من الفقه الإسلامي، خولت حق الإجازة للصبي المميز بعد رشده إلى جانب إجازة ممثله القانوني، فمثلا، قد قضت المادة 172 من التقنين المدني الأردني بأن: « تكون إجازة العقد للولي أوللوصي أو لناقص الأهلية بعد اكتمال أهليته... »[2].

أما المادة 83 من تقنين الأسرة الجزائري التي تنص على أن: « تتوقف على إجازة الولي أو الوصي فيما إذا كانت مترددة بين النفع والضرر » فقد **أغفلت ذكر حق الصبي المميز بعد زوال نقص أهليته وبلوغه سن الرشد وغير محجور عليه في إجازة التصرف** الذي كان قد باشره في حال قصره ونقص أهليته، إن لم يسبق لممثله القانوني أن بت فيه بالإجازة أو الرفض قبل بلوغه سن الرشد. هذا ما جعلنا مع أستاذنا الدكتور محمد سعيد جعفور ننادي بتعديل نص المادة 83 تلك فيما يتعلق بمسألة من هو صاحب حق الإجازة[3].

ومع ذلك، فإنه إعمالا لنص الفقرة الثانية من المادة الأولى من تقنيننا المدني ونص المادة 222 من تقنين الأسرة، فإنّه يمكننا القول بأن حق القاصر يملك الحق في الإجازة بعد بلوغه سن الرشد[4]. وعلى عكس ما نصت عليه المادة 83 من تقنين الأسرة، فإن التقنين المدني الفرنسي لم يشر في نص المادة 1311 إلى **إقرار** أو **إجازة** الممثل القانوني لتصرفات الصبي المميز الدائرة بين النفع والضرر، بل اكتفى بذكر الإجازة الصادرة عن القاصر نفسه بعد أن يبلغ سن الرشد[5].

---

1 – جاء في حاشية ابن عابدين، (ج5، المرجع السابق، ص145) ما يلي: « فالإجازة إنما تلحق تصرفا قائما لا مفسوخا فالمفسوخ لا يجاز ». وتنص المادة 230 من التقنين المدني الأردني على أن: « الساقط لا يعود كما أن المعدوم لا يعود »؛ مصطفى أحمد الزرقاء، الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص775؛ محمد زكي عبد البر، المرجع السابق، ص42.

2 – تقابل المادة 214 من قانون المعاملات المدنية الإماراتي والمادة 88 من التقنين المدني السوداني والمادة 212 من مشروع المعاملات المالية العربي الموحد.

3 – محمد سعيد جعفور وفاطمة إسعد، المرجع السابق، ص138.

4 – تنص الفقرة الثانية من المادة الأولى من تقنيننا المدني على ما يأتي: « وإذا لم يوجد نص تشريعي، حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية... »، وتقضي المادة 222 من تقنين الأسرة بما يلي: « كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية ».

5 – تنص المادة 1311 من التقنين المدني الفرنسي:

« Il n'est plus recevable à revenir contre l'engagement qu'il avait souscrit en minorité, lorsqu'il l'a ratifié en majorité, soit que cet engagement fût nul en sa forme, soit qu'il fût seulement sujet à restitution ».

أما التقنين المدني المصري، الذي اعتنق فكرة العقد القابل للإبطال، على عكس التقنينات المذكورة، فقد ذكر أن المجيز إما أن يكون الممثل القانوني للقاصر أو القاصر نفسه بعد زوال نقص أهليته، وذلك بمقتضى المادة 111ف/2 التي تقضي بما يأتي: « أما التصرفات المالية الدائرة بين النفع والضرر، فتكون قابلة للإبطال لمصلحة القاصر، ويزول حق التمسك بالإبطال إذا أجاز القاصر التصرف بعد بلوغه سن الرشد أو إذا صدرت الإجازة من وليه... ».

5 – المجيز في تصرفات المكرَه:

يرى الإمام **زفر بن الهذيل** أن تصرف المكره موقوف النفاذ على إجازة المكره، فإن أجازه نفذ وإلا انفسخ وأصبح كأن لم يكن، مخالفا بذلك رأي أبي حنيفة وصاحبيه الذين يرون أن تصرف المكره فاسد[1].

وأخذت بفساد تصرف المكره كل من المادة 1006 من مجلة الأحكام العدلية والمادة 297 من مرشد الحيران. وقد نصت المادة 141 من التقنين المدني الأردني على أن: «من أُكره بأحد نوعي الإكراه على إبرام عقد لا ينفذ عقده، ولكن لو أجازه المكره أو ورثته بعد زوال الإكراه صراحة أو دلالة ينقلب صحيحا ».

ويعاب على هذه المادة نصها على أن العقد بعد الإجازة ينقلب صحيحا مع أن العقد أصلا كان صحيحا ومستوفيا شروط الانعقاد، وإنما هو ينفذ بعد إجازته، وعليه لا تجعله الإجازة صحيحا. وهو ما تفطن إليه المشرع الإماراتي في المادة 182 من قانون المعاملات المدنية التي قضت بأن: « من أكره بأحد نوعي الإكراه على إبرام عقد لا ينفذ عقده، ولكن لو أجازه المكره أو ورثته بعد زوال الإكراه **يصبح العقد نافذا** ».

وقد خولت المادة 99 من التقنين المني الجزائري، على غرار المادة 138 من التقنين

---

1 – بن إسماعيل الغشم، المرجع السابق، ص491 جاء فيها: « في المذهب الحنفي يعتبر عقد المكره فاسدا فهو عقد منعقد له وجود شرعي ويرتب حكمه بالقبض ومع ذلك فهو قابل للفسخ نظرا لما به من الفساد نتيجة فوات رضا المتعاقد المكره »؛ المادة 297 من مرشد الحيران؛ الكاساني، بدائع الصنائع، ج7، المرجع السابق، ص186 جاء فيها: « وبالإجازة ينقلب العقد الفاسد للإكراه صحيحا والإجازة تعني الرضا بالعقد وبآثاره »،
إنّ الفقهاء لم يتفقوا على جزاء موحد يترتب على عيوب الإرادة بل اختلف الجزاء عنها عند فقهاء المذهب الواحد باستثناء المذهب المالكي الذي جعل العقد فيها غير لازم أما الفقه الحنفي جعله فاسد؛ الدسوقي، المرجع السابق، ج 3، ص6.

المدني المصري، للمتعاقد الذي شاب إرادتَه عيب الإكراه (وباقي عيوب الإرادة الأخرى) وحده الحق في إجازة العقد، إذ بأنه « إذا جعل القانون لأحد المتعاقدين حقا في إبطال العقد، فليس للمتعاقد الآخر أن يتمسك بهذا الحق »، وذلك التذكير بأن تصرف المكره تصرف قابل للإبطال في كل من التقنين المدني الجزائري والمصري. وعليه، فإن المجيز في تصرف المكره هو من عيب رضاؤه وهو من تتجه إرادته إلى النزول عن حقه في التمسك بطلب الإبطال باستعمال الإجازة، فإن أجازه، زال خطر إبطاله مستقبلا.

وفي ختام تناولنا موضوع "صاحب الحق في الإجازة"، أي المجيز، نؤكد ما قلناه، فيما سبق (في معرض دراستنا موضوع "**موت المجيز قبل الإجازة**")، أن حق الإجازة، في الرأي الراجح في الفقه الإسلامي وفي القانون المدني، ينتقل بموت المورث قبل إجازة التصرف إلى وارثه.

الفرع الثاني

خصائص الإجازة

يستخلص من التعريف المتقدم للإجازة أن لها خصائص هامة تتصف بها، فإذا توفرت فيها على الوجه المطلوب أدت إلى إنفاذ العقد الموقوف وترتيب آثاره.

وتتمثل الخصائص في أن الإجازة تصرف انفرادي، وهي تصرف إسقاطي، إضافة إلى أنها تصرف كاشف:

أولا – الإجازة تصرف انفرادي:

إنّ الإجازة، سواء في فقه الشريعة الإسلامية أو في القانون المدني الذي يأخذ بالعقد الموقوف، تعبير عن الإرادة يصدر عن المجيز الذي يفصح عن رغبته في إزالة المانع من النفاذ والإبقاء على التصرف المجاز وترتيب آثاره التي لم تترتب بعدُ. وبهذا المعنى، فإن الإجازة هي تعبير عن الإرادة بقصد إحداث أثر قانوني، وهي تصدر ممن شُرع الوقف لحمايته[1]. وبهذا فإنها ليست تصرفا تبادليا أو ذات طبيعة تعاقدية[2].

ويترتب على كون الإجازة كذلك **ثلاث نتائج:**

1 – محمد جبر الألفي، الفضالة، المرجع السابق، ص75؛ محمد حبار، المرجع السابق، ص452.

2 – محمد بن اسماعيل الغشم، المرجع السابق، ص14؛ سعيد جعفور، إجازة العقد، المرجع السابق، ص48.

– **النتيجة الأولى:** إن الإجازة ترتب آثارها دون حاجة لاقترانها بقبول المتعاقد الآخر ولا حتى بعلمه بها [1]، وفي هذا يقول ابن همام: « ... له أن يجيز فإن أجازه بغير إذن صاحبه جاز »[2].

ثم إنّ الإجازة تبقي التصرف الذي كان المتعاقد الآخر طرفا فيه من غير أن يلحق به ضرر، بل بالعكس يكون في ذلك فائدة له[3].

وقد أكدت موقف الفقه الإسلامي المادة 182ف/2 من التقنين المدني الأردني التي تنص على ما يأتي: « ... أما الإجازة فلا يشترط علم الطرف الآخر بها ».

– **النتيجة الثانية:** عدم قابلية الرجوع في الإجازة بعد صدورها، فإذا عبر صاحب الإجازة عن رغبته في إجازة التصرف الموقوف تم نفاذه في حقه، ولا يجوز له بعد ذلك أن يتمسك بإبطاله أو الرجوع عن الإجازة، إذ بالإجازة أصبح العقد نافذا باتا، وأن الخيار لا يعود بعد سقوطه لأن الساقط لا يعود[4].

– **النتيجة الثالثة:** عدم اشتراط تبليغ الإجازة إلى المتعاقد الآخر في التصرف، وإنما ترتب أثرها بمجرد التعبير عنها من طرف صاحبها. فهي، من جهة أولى، لا تخص إلا من يملكها، أي هي حق خالص للمجيز وإن كانت تؤدي إلى إنفاذ العقد في حق العاقد الآخر، ومن جهة أخرى، إن المتعاقد الآخر لا يتضرر من صدور الإجازة لأنها تصرف في العقد بالإبقاء، ولا ضرورة تقتضي تبليغه بها فتصح حتى ولو كان غائبا[5].

---

1 – محمد البرديسي، "التصرف الإسقاطي"، مجلة إدارة قضايا الحكومة المصرية، العدد 2 و3، السنة 13، سبتمبر 1968، ص571؛ محمد سعيد جعفور، إجازة العقد، المرجع السابق، ص54؛ أحمد شوقي محمد عبد الرحمان، إجازة العقد القابل للإبطال، كلية الحقوق، جامعة المتصورة، مصر، 1983، ص6؛ عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص351؛

GAUDMET (E), Theorie Generale Des Obligations, Publieé Par H.Debois Et J. Gaudmet, Sirey, 1965, P.171

2 – بن الهمام، فتح القدير، ج5، المرجع السابق، ص120؛ الكاساني، بدائع الصنائع، ج5، المرجع السابق، ص295.

3 – وقد قال الزيعلي في تبيين الحقائق (ج 4، المرجع السابق، في ص18) ما يلي: « وكالإجازة فإن علم الآخر بها لا يشترط، فلهذا لا يشترط رضاه، وإنه لا ضرر فيها على صاحبه ».

4 – قال السرخسي في المبسوط (ج 13، المرجع السابق، في ص46) ما يلي: « إن اختار البائع لزوم البيع فليس له بعد ذلك أن ينقضه ».

5 – بن الهمام، فتح القدير، ج5، المرجع السابق، ص120.

Jacques FLOUR, Jean- Luc AUBRET, Eric SAVAUX, Op, Cit., P .302 : « Elle constitue donc un acte unilateral, emanant de la seule volonée du "**confirmant**" ».

ووصف إجازة العقد الموقوف بأنها تصرف انفرادي ينطبق على إجازة العقد القابل للإبطال في القانون المدني، ذلك أن الإجازة في هذا العقد تصدر بإرادة منفردة هي إرادة من يملك حق ممارسة دعوى الإبطال أو من يخلفه، ويكون الغرض منها هو العدول عن حقه في المطالبة بالإبطال وتأييد العقد، فهي إذن ليست بحاجة إلى قبول المتعاقد الآخر.

إنّ الإجازة في العقد القابل للإبطال هدفها ليس خلق التزام جديد ولا إنهاء التزام قائم إنما تتوقف فقط على إرادة الطرف الذي شرع حق التمسك بالإبطال لمصلحته الذي له وحده إما أن يتمسك بالإبطال أو بالإجازة أي العدول عن حقه في المطالبة بالإبطال.

ثانيا – الإجازة تصرف إسقاطي[1]:

إنّ المجيز في الفقه الإسلامي، وكذا في القانون المدني، مخير بين طلب الفسخ (أي الإبطال في القانون المدني) والإجازة، فإن فضل الإجازة سقط خياره في المطالبة بفسخ العقد، فهي إسقاط لحق الفسخ كما يقول الكاساني[2]. فإذا صدرت الإجازة ممن يملكها شرعا أدت إلى إسقاط الحق في فسخ أو إبطال العقد، بحيث لا يملك المجيز الرجوع عنها أو استعمال الحق في الفسخ أو الإبطال بعد ذلك. وهذا لأن الغرض من الإجازة في العقد الموقوف هو ترتيب العقد لآثاره وإنفاذه بحيث ينتقل من مرحلة الوقف إلى مرحلة تنفيذ آثاره بطريق الإسناد منذ لحظة أبرامه، ولأن غرضها في القانون المدني هو رفع خطر الإبطال عن العقد واستمراره في إنتاج آثاره صونا لاستقرار المعاملات[3].

ثالثا – الإجازة تصرف كاشف:

لما كانت الإجازة لم تنشئ العقد ولم تصححه، إذ كان منعقدا وصحيحا قبلها، فإنها متى صدرت ممن يملكها لا تضيف شيئا إلى العقد الموقوف، بل إن أثرها ينحصر فقط في إنفاذ العقد من لحظة إنشائه[4]. فهي بذلك تعتبر تصرف كاشفا لما كان موقوفا من آثار للعقد، فهي

---

1 – جعفور محمد سعيد وإسعد فاطمة، المرجع السابق، ص ص141–143؛ وفي هذا المعنى قضت محكمة النقض المصرية بتاريخ 1952/02/01 بأنّ: « الإجازة وهي إسقاط لحق، تصرف قانوني من جانب واحد لا يشارك فيه الغير ».

AUBRY et RAU, op. cit, p. 208; COUTURIER (G), La confirmation des actes nuls, Thèse, Paris, 1972, p. 13.

2 – الكاساني، بدائع الصنائع، المرجع السابق، ص151؛ بن الهمام، فتح القدير، ج 5، المرجع السابق، ص311؛ محمد زكي عبد البر، المرجع السابق، ص79.

3 – محمد حبار، المرجع السابق، ص453.

4 – محمد سعيد جعفور، إجازة العقد، المرجع السابق، ص57؛ مصطفى أحمد الزرقاء، المرجع السابق، ص427.

تعمل على فتح الطريق لآثاره المتوقفة لكي تسري فتلحق تلك الآثار بالتصرف المنشئ لها اعتبارا من تاريخ إبرامه لا من وقت إجازته، فيتملك المشتري المبيع في عقد البيع ويستفيد من ثماره ومنتجاته من وقت إنشاء العقد، كما يصبح الفضولي في العقد الذي أبرمه وكيلا عن المالك من يوم إبرام التصرف حيث تنصرف كل الآثار على ذمة موكله[1].

ولذلك قيل إن الإجازة في الانتهاء بمنزلة الإذن في الابتداء، وقيل أيضا إن الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة[2].

وعلى غرار إجازة العقد الموقوف في الفقه الإسلامي، فإن لإجازة العقد القابل للإبطال في القانون المدني أيضا أثرا كاشفا لأنه لا تؤدي إلى إنشاء آثار هذا العقد، الذي سبق أن قلنا إنه عقد منتج لآثاره قبل صدور إجازته، وإنما يقتصر دورها في رفع خطر الإبطال الذي كا يهدده بالنسبة إلى المستقبل. فهي بذلك تصدر بإرادة منفردة هي إرادة الشخص الذي شرع الإبطال لمصلحته.

وبهذا نخلص إلى أن خصائص إجازة التصرف الموقوف تتفق مع مثيلاتها المتعلقة بإجازة التصرف القابل للإبطال في التقنين المدني، من حيث أنها تصرف انفرادي، إسقاطي وكاشف.

المطلب الثاني

شروط صحة إجازة العقد الموقوف وكيفية التعبير عنها

لكي تلحق الإجازة التصرف الموقوف وتحقق الغرض المطلوب منها وضع الفقهاء جملة من الشروط التي يجب أن تتوفر فيها لكي تكون صحيحة فترتب آثارها المقصودة من العقد. وطالما أن الإجازة تعبير إرادي عن نقل العقد الموقوف من مرحلة الوقف إلى مرحلة النفاذ، فهي تصرف قوامه الإرادة، والتعبير عن الإرادة قد يتخذ أشكالا مختلفة، فقد يكون باللفظ أو بالفعل أو بالكتابة أو بالإشارة أو بالسكوت، لم يشترط القانون أو الاتفاق خلاف ذلك.

لذا، نقسم هذا المطلب الى فرعيين، نتناول في الفرع الأول شروط صحة إجازة العقد الموقوف، وفي الفرع الثاني التعبير عن الاجازة وكيفية اثباتها.

---

1 – ابن نجيم، البحر الرائق، ج 6، المرجع السابق، ص165؛ محمد الألفي، الفضالة، المرجع السابق، ص141.

2 – تنص المادة 1453 من مجلة الأحكام العدلية على إن « الإجازة اللاحقة هي في حكم الوكالة السابقة »، وذلك ما قضت به كل من المادة 175 من التقنين المدني الأردني والمادة 136ف/1 من التقنين المدني العراقي والمادة 181 من التقنين المدني الكويتي والمادة 214 من مشروع المعاملات المالية العربي الموحد والمادة 217 من تقنين المعاملات المدنية الإماراتي.

الفرع الأول

شروط صحة إجازة العقد الموقوف

الإجازة تصرف قانوني، وهي بهذا الوصف، وعلى غرار سائر التصرفات المعتبرة شرعا وقانونا، يجب لكي تلحق التصرفَ الموقوف وتحققَ الغرض المطلوب منها أن تكون مستوفية مجموعة من الشروط التي يتعلق بعضها بالمجيز نفسه ويتعلق بعضها الآخر بغيره من العناصر الأخرى المكونة للتصرف الذي ترد عليه. وسنتناول فيما يأتي كلا من هذه الشروط.

أولا – شروط صحة الإجازة المتعلقة بالمجيز نفسه:

1- الأهلية:

الأهلية الواجبة في المجيز هي الأهلية الكاملة أي أهلية التصرف، ولو كان التصرف محل الإجازة من أعمال الإدارة، لأن الإجازة في العقد الموقوف هي إنفاذ التصرف، وهذا يؤدي إلى خروج شيء من الذمة المالية، وما دامت كذلك فلا يمكن إلا أن تكون من أعمال التصرف لا من اعمال الادارة[1].

وكذلك الأمر في القانون المدني، فلما كانت الإجازة نزولا عن حق طلب إبطال التصرف الدائر بين النفع والضرر، فإنه يشترط في المجيز كمال الأهلية بالنسبة إلى التصرف الذي يجيزه، فإذا صدرت الإجازة من ناقص الأهلية كانت باطلة لا قابلة للإبطال.

2- خلو إرادة المجيز من عيوب الإرادة:

يشترط أن يكون رضا المجيز حرا، فلا يصدر تحت تأثير أي عيب من عيوب الإرادة المعروفة في كل من الفقه الإسلامي والقانون المدني.

ففي الفقه الإسلامي يعد الإكراه أكثر عيوب الإرادة بروزا. وما يهمنا هنا هو رأي فقهاء الشريعة الإسلامية، **وعلى رأسهم زفر بن الهذيل**، الذين يقولون بوقف تصرفات المكرَه على الإجازة. وعليه، يجب أن تكون إرادة المجيز حرة من عيب الإكراه وهو يجيز تصرفه، وإلا كانت الإجازة نفسها موقوفة[2]. في حين أن جزاء عيوب الإرادة الأخرى هو، بصفة

1 – محمد بن إسماعيل الغشم، المرجع السابق، ص170.

2 – عيسى عبد القادر المومني، المرجع السابق، ص127 وما يليها.

عامة، عدم لزوم العقد وإعطاء من وقع فيها الخيار بين إمضاء التصرف أو فسخه[1]، وهو يخرج من موضوع دراستنا.

أما جزاء عيوب الإرادة في القانون المدني الجزائري، على غرار نظيره المصري، فهو قابلية التصرف للإبطال. ويشترط أن تصدر الإجازة بعد زوال العيب الذي شاب التصرف وإلا كانت معيبة بالعيب نفسه وقابلة للإبطال (المادة 101 مدني جزائري). ففي إقرار ملك الغير يشترط أن تكون إرادة المقر للتصرف الذي أجراه الغير في حقه خالية من العيوب، فلا تصدر مثلا تحت إكراه أو غلط، وإلا كانت معيبة وكان الإقرار قابلا للإبطال لمصلحة المقر، ويسرى أثره في حق المقر وتطبق على الإقرار المعيب القواعد العامة بشان قابلية التصرف للإبطال وتقادمه وإجازته[2].

3- علم المجيز بحقيقة التصرف المجاز:

يشترط أن يعلم المجيز بسبب توقف العقد وأن تتجه نيته إلى إحداث الأثر المقصود من الإجازة، لأنه إذا لم يكن عالما بحقيقة التصرف فلا يمكن القول أن هناك إجازة معتبرةً قانونا.

ويعني ذلك العلم بنوع التصرف المجاز ومحله وبالأمور الجوهرية التي تتعلق به[3].

ثانيا – شروط صحة الإجازة المتعلقة بالعناصر الأخرى للعقد الموقوف:

وضع الفقهاء جملة من الشروط لصحة إجازة العقد الموقوف ولتحقيقها لغرضها، تتمثل في اشتراط بقاء التصرف المجاز بكافة عناصره وقت إبرامه وهي العاقدان والمحل والمجيز إلى وقت الإجازة ونوردها تباعا فيما يلي:

1- قبول التصرف للإجازة:

لكي تكون الإجازة صحيحة لابد وأن يكون التصرف الذي تقع عليه صحيحا قابلا

---

1 – محمد بن إسماعيل الغشم، المرجع السابق، ص176.

2 – أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، اجازة العقد القابل للإبطال، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، مصر، 1983، ص11 وما يليها؛ جعفور محمد سعيد، الإجازة، المرجع السابق، ص95؛ توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص211؛

COLIN (A.) et CAPITANT (H.), Traite De Droit Civil, T. 2, Paris 1959, p. 433.

3 – عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج 1، المرجع السابق، ص516؛ عبد المنعم البدراوي، المرجع السابق، ص351؛ عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص286؛

BAUDRET ET BARDE, Op Cit, P 35.

للإجازة وقت صدوره. فلو باع الصبي المميز ماله بغبن يسير انعقد تصرفه موقوفا على إجازة وليه أو وصيه مادام صغيرا، لأن الولي أو الوصي يملك مباشرة هذا التصرف بنفسه ابتداء، بخلاف الحال فيما لو قام بالبيع بغبن فاحش فلا ينعقد البيع ويكون باطلا لأن الولي لا يملك مباشرته بنفسه والإجازة ترد على العقد الصحيح لا الباطل[1].

وحتى تؤدي الإجازة وظيفتها يجب أن يكون التصرف الموقوف قابلا للإجازة وقت صدور الإجازة، فلو فسخ أو رد التصرف من قبل من شرع لمصلحته أو اعترضته بعض الأمور بعد انعقاده وقبل الإجازة، التي سبق أن تعرضنا لها، فإن التصرف في هذه الحالة لا تلحقه الإجازة لأنه لم يعد له وجود، والإجازة ترد على التصرف الموجود وليس على المعدوم[2]. وكذلك الأمر لو آلت ملكية المبيع إلى الفضولي بعد العقد وقبل الإجازة فلا يقبل البيع الإجازة لأنه طرأ الملك البات على الملك الموقوف فيصبح العقد نافذا والإجازة لا تلحق العقد النافذ وإنما العقد الموقوف[3].

وقد نصت المادة 174 من التقنين المدني الأردني، التي تقابلها المادتان 136ف/1 من التقنين المدني العراقي و216 من قانون المعاملات المدنية الإماراتي، على أنه « يشترط لصحة الإجازة قبول التصرف للإجازة وقت صدوره ووقت الإجازة ووجود من له الإجازة وطرفي العقد والمتصرف فيه وبدله إن كان عينا وقت الإجازة ».

2- وجود أطراف التصرف وقت صدوره ووقت الإجازة:

يشترط الفقهاء لإجازة العقد الموقوف بقاء أطراف التصرف وقت الإجازة، وهي كل من المتعاقدين (البائع والمشتري في بيع الفضولي) ومن تقرر التوقف لمصلحته، كالمالك والمرتهن والورثة في بيع المريض مرض الموت لأحد الورثة أو لأجنبي بما يزيد عن ثلث التركة، فإذا مات أحدهم قبل أن يلحق التصرف الموقوف الإجازة فلا يقوم الورثة مقامه.

فالحنفية يرون في هذا الشرط بقاء العاقدين وكذلك المعقود عليه والمالك وقت التصرف

---

1 – عدنان السرحان ونوري حمد خاطر، المرجع السابق، ص220؛ أنور سلطان، المرجع السابق، ص148.

2 – الحنفي، ابن قاضي، جامع الفصولين، ج1، المرجع السابق، ص237 ورد فيها: « الإجازة تلحق الموقوف لا المفسوخ »؛ وجاء في الهداية لابن الهمام (ج7، المرجع السابق، ص54) ما يلي: « الإجازة تصرف قي العقد، فلابد من قيامه وذلك بقيام العاقدين والمعقود عليه »؛ رد المختار لابن عابدين (ج5، المرجع السابق، ص121) جاء فيها: « المفسوخ لا يجاز ».

3 – انظر ما تقدّم من بحثنا تحت عنوان طُرُوء المُلْك البات على المُلْك الموقوف.

ووقت الإجازة لأن الإجازة تلحق العقد القائم، كما أن الإجازة لها حكم الإنشاء من وجه فلا يتحقق الإنشاء بدونها[1]. وبالنسبة إلى أطراف العقد فبقاء المشتري شرط ليظهر نفاذ العقد في حقه فيطالب بما أوجبه له من حق ويطالب بما وجب عليه من واجب، أما بقاء البائع الفضولي فلأن حقوق العقد ترجع إليه حيث يصبح بالإجازة وكيلا ويلزم بأن يقوم بتلك الحقوق[2]. بخلاف التصرفات التي لا ترجع حقوقها إليه، كالنكاح لايشترط بقاؤه وقت الإجازة، لأنه معبر وسفير محض، إذا عبر قد انتهى دوره وصار بمنزلة الاجنبي[3].

وذلك هو حكم كل من المادة 378 من مجلة الأحكام العدلية والمادة 395 من مرشد الحيران وكذا المادة 174 من التقنين المدني الأردني نصت على أنه: « يشترط لصحة الإجازة قبول التصرف للإجازة وقت صدوره ووقت الإجازة ووجود من له الإجازة وطرفي العقد... ».

أما المالكية فيرون أن بقاء المالك ليس شرطا فإذا مات جاز لورثته إجازة التصرف أو رده، لانتقال ما كان لمورثهم إليهم[4]. في حين يشترط الشافعية أن تصدر الإجازة حال العقد لأنه إذا مات لم تنتقل الإجازة إلى ورثته[5].

ويلاحظ أن المادة 136ف/1 من التقنين المدني العراقي استبعدت شرط بقاء المجيز حيا إلى وقت الإجازة، إذ نصت على أنه: « ... لا يشترط قيام العاقدين أو المالك الأصلي أو المعقود عليه وقت الإجازة ».

---

1 – الكاساني، بدائع الصنائع، ج5، المرجع السابق، ص 151؛ الهداية وفتح القدير لابن الهمام، ج7، المرجع السابق، ص 54، وقد جاء فيها أنه: « للمالك الإجازة إذا كان المعقود عليه باقيا والمتعاقدان بحالهما، الإجازة تصرف في العقد فلا بد من قيامه، وذلك بقيام العاقدين والمعقود عليه »؛ طاهر خليفة السيسني، المرجع السابق، ص 202؛ محمد جبر الألفي، الفضالة، المرجع السابق، ص76؛ محمد سعيد جعفور، إجازة العقد، المرجع السابق، ص107.

2 – عبد المجيد محمود مطلوب، المرجع السابق، ص129.

3 – جاء في جامع الفصولين لابن قاضي (ج1، المرجع السابق، ص 230) ما يأتي: « بقاء الفضولي ليس بشرط لصحة الإجازة في باب النكاح بخلاف البيع »؛ محمد بن اسماعيل الغشم، المرجع السابق، ص263.

4 – ورد للدردير في الشرح الكبير على حاشية الدسوقي لابن البركات احمد الدردير، ج11، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، ص11 أنه: « ... للغاصب إذا باع المغصوب قبل ملكه من ربه نقض بيع ما باعه أو وهبه أو اعتقه أو وقفه إن ورثه من المغصوب منه لانتقال ما كان لمورثه له». وقد ذكر الخرشي في شرح الخرشي (ج5، المرجع السابق، ص17) أنه: « لا خصوصية للغاصب بما ذكر بل يجري ذلك في بيع كل فضولي »؛ محمد بن إسماعيل الغشم، المرجع السابق، ص266.

5 – النووي، كتاب المجموع، ج9، المرجع السابق، ص260، حيث يقول: « المعتبر إجازة من يملك التصرف عند العقد حتى لو باع أي الفضولي ما الطفل فبلغ وأجاز لم ينفذ ».

ونرى ترجيح القول الذي يذهب إلى عدم اشتراط بقاء المجيز حيا إلى وقت الإجازة، إذ قد تدعو الحاجة العملية إلى إجازة العقد بعد موت صاحب الحق في الإجازة من طرف ورثته، وفي ذلك تحقيق للمقاصد الشرعية وتسهيلا للمعاملات.

3- بقاء المتصرف فيه وقت صدور الإجازة:

اشترط الفقهاء لكي تلحق الإجازة التصرف الموقوف قيام المعقود عليه أو محل التصرف وقت الإجازة، حتى يكون هناك محل ينصب عليه حكم العقد بعد الإجازة، لأن الإجازة لا تلحق المعدوم. ففي عقد البيع، مثلا، يشترط وجود المبيع عند الإجازة لأن الملك لم ينتقل بعد إلى المشتري، وإنما ينتقل بعد الإجازة ويكون الانتقال مستندا إلى تاريخ إبرام العقد[1].

إن **الحنفية**، وهم القائلون أساسا بفكرة العقد الموقوف، يرون أنه إذا تخلف هذا الشرط، بأن هلك المعقود عليه، بطل التصرف ولا تلحقه الإجازة سواء كان بيعا أو إيجارا أو غيره. فالإجازة تلحق العقد القائم بعناصره كما أن لها حكم الإنشاء من وجه فهي تصرف في العقد بالإبقاء، وهو لا يتحقق بدون هذه العناصر، من قيام العاقدين والمعقود عليه والمالك[2].

وإذا تغير المحل بحيث أصبح شيئا آخر، كما لو باع الفضولي ثوب غيره فقطعه المشتري وخاطه، فإنه يأخذ حكم الهلاك فلا تلحقه الإجازة، أما إذا تغير الثوب تغييرا لا يخرجه عن نوعه كصبغ الثوب فإن الإجازة تلحق التصرف[3].

أما صدورالإجازة دون العلم بحال المعقود عليه، ما إذا كان قائما أم هالكا وأجازه المالك فاختلف الفقه في حكمه: فمنهم من يرى أن الإجازة صحيحة لأن الأصل بقاؤه، ومنهم من يرى أنها لا تجوز حتى يعلم قيام المعقود عليه عند الإجازة، لأن الشك وقع في شرط الإجازة فلا تثبت مع الشك[4].

---

1 – مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص545؛ عبد القادر المومني، المرجع السابق، ص137.

2 – جاء في جامع الفصولين للحنفي (ج1، المرجع السابق، ص232) فيها: « لو هلك المبيع قبل الإجازة بطل العقد »؛ وجاء في الكاساني، بدائع الصنائع (ج4، المرجع السابق، ص177) ما يلي: « إذا أجاز المالك تأجير الفضولي بعد استيفاء المنفعة لم تجز إجازته لأن منافع المعقود عليه قد انعدمت ».

3 – رد المختار، ج5، المرجع السابق، ص119؛ محمد بن إسماعيل الغشم، المرجع السابق، ص269؛ محمد جبر الألفي، المرجع السابق، ص78؛ جعفور محمد سعيد، إجازة العقد، المرجع السابق، ص104.

4 – محمد زكي عبد البر، المرجع السابق، ص46؛ صلاح الدين شوشاري، المرجع السابق، ص128؛ أنظر ما تقدم من بحثنا في موضوع هلاك المعقود عليه.

وعلى خلاف الحنفية، **يرى الفقه المالكي أن** بقاء المعقود عليه ليس شرطا عندهم لصحة الإجازة[1]، وهو الرأي الراجح في الفقه الزيدي[2].

ولم يشترط المشرع الجزائري ذلك الشرط، ولكن بالرجوع إلى القواعد القانونية العامة يتبين أنه إذا هلك محل التصرف في يد صاحبه انفسخ العقد، ولو كان العقد نافذا ولو كانت الملكية، مثلا، قد انتقلت إلى المتصرف إليه. ويجب تطبيق هذا الحكم، من باب أولى، في حالة العقد الموقوف ما دام المشرع قد تبنى فكرة وقف تصرفات الصبي المميز الدائرة بين النفع والضرر بمقتضى المادة 83 من تقنين الأسرة. ولذلك، فإذا هلك المعقود عليه في يد مالكه قبل الإجازة انفسخ العقد ولا تلحقه الإجازة. أما إذا هلك المحل بعد التسليم في يد المتصرف إليه، فإن الرأي الراجح عند الحنفية هو أن العقد يزول ولا يعود قابلا للإجازة، ذلك أنه لابد أن يكون للعقد محل حتى ينفذ، فإذا هلك فلا مجال لنفاذه. وذلك ما قضت به محكمة التمييز الأردنية من أن خروج المتصرف فيه من ملكية المميز يعني أن المتصرف فيه غير موجود حين حصول الإجازة، ولا تعتبر الإجازة في هذه الحالة بحكم الوكالة السابقة لفقدان شرط قانوني من شروطها[3].

ونرى ترجيح الرأي القائل بإجازة التصرف في هذه الحالة رغم عدم بقاء المحل، لأنه قد يكون لصاحب الحق في الإجازة مصلحة في إجازته رغم هلاك محله، فما دامت الإجازة تصرفا انفراديا، فلا يمكن القول ببطلانها إذا كان محل العقد قد هلك أو تغير، والقول بذلك قد يؤدي إلى تقييد سلطان الإرادة[4].

---

1 – جاء في المدونة للامام مالك (المرجع السابق، ص53) ما يلي: « أرأيت أن غصب جارية من رجل فبلعها فولدت عند المشتري، فأتى ربها فأجاز البيع، أيجوز ذلك أم لا في قول مالك (قال): ذلك جائز لأن مالكا قال: إذا باعها الغاصب فإن أراد ربها أن يجيز البيع كان ذلك له، ولست التفت إلى ولادتها عنه المشتري إلا ترى أنها لو ماتت هي نفسها فأجاز سيدها البيع اخذ الثمن وكان ذلك جائزا... لأنه إنما يجيز اليوم أمرا قد كان قبل اليوم ».

2 – محمد بن إسماعيل الغشم، المرجع السابق، ص281.

3 – تمييز حقوق رقم 86/844، مجلة نقابة المحامين لسنة 1989، ص 1819.مجموعة المبادئ القانونية لمحكمة التمييز في القضايا الحقوقية، نقابة المحامين، ج7، ص1045: نقلا عن عيسى عبد القادرالمومني، المرجع السابق، ص137.

4 – يقول عبد الرزاق السنهوري في مصادر الحق، ج4، المرجع السابق، ص279، إن: « الضرورات العملية قد تدعو إلى إجازة عقد هلك محله ».

4- بقاء الثمن وقت صدور الإجازة:

إن ثمن المبيع قد يكون دينا أو عينا، فإذا كان عينا يرى الحنفية اشتراط بقائها لصحة إجازة العقد الموقوف، وإلا فإن الغجازة لا تلحق العقد لبطلانه بهلاك الثمن، لأن الثمن يكون مبيعا من وجه وثمنا من وجه آخر فيعتبر كأنه شراء فيثبت للفضولي ويتملك هذا الأخير المبيع. فإذا هلك قبل إجازة المالك هلك عليه ولا تصح الإجازة بعد ذلك، بل إذا أجازه المالك كانت إجازة نقد لا عقد، أي أن المالك يجيز للفضولي أن ينقد ما باعه من ماله ثمنا لما ملكه في العقد، ويتعين على الفضولي أن يضمن للمالك مثل المبيع إن كان مثليا أو قيمته إن كان قيميا[1].

أما المالكية والزيدية فيرون أولا أن بيع الفضولي يتوقف على الإجازة، ثم في الراجح لديهم أن بقاء المحل المعقود عليه ليس بشرط، وبالتالي لا يشترط بقاؤه، فيمكن أن تلحق العقد الإجازة ولو قد تلف[2].

أما إذا كان البدل دينا أي نقدا، فإن الرأي الراجح في الفقه الإسلامي لا يشترط بقاءه في يد البائع وقت صدور الإجازة، لأن النقود لا تتعين وهي باقية مع بقاء الذمة، فإذا أجاز المالك العقد كان الثمن أمانة في يد الفضولي لأنه بصدورها أصبح وكيلا عن المالك ولا يشترط بقاء الثمن[3].

وقد اشترطت المادة 578 من مجلة الأحكام العدلية بقاء الثمن والمحل وقت الإجازة، فقضت بأنه: « يشترط لصحة الإجازة أن يكون كل من البائع والمشتري والمجيز والمبيع قائما، فإذا كان أحد المذكورين هالكا لا تصح الإجازة »، وهو الحكم نفسه في كل من المادة 174 من التقنين المدني الأردني والمادة 216 من قانون المعاملات المدنية الإماراتي.

ولم يرد مثل هذا الشرط لا في التقنين المدني العراقي ولا في نظيريه السوداني والكويتي.

أما في تقنيننا، فإن الثمن إذا كان عينا فهو يعتبر عقد مقايضة فيكون كل من المتعاقدين

---

1 – الكاساني، بدائع الصنائع، ج5، المرجع السابق، ص152؛ فتح القدير لكمال بن الهمام (ج 7، المرجع السابق، ص56) يقول: « حيث أن شراء الفضولي لا يتوقف إذا وجد نفاذا عليه ».

2 – ابن المظفر، البيان الشافي، المرجع السابق، ج 2، ص513؛ محمد بن إسماعيل الغشم، المرجع سابق، ص271 جاء فيها: « ومن فوائد الخلاف في المسالة أنه لو تلف المبيع في يد المشتري بعد أن قبضه بغير إذن المالك وأجاز المالك بعد التلف، فعلى القول بعدم لحوق الإجازة التالف يتلف من مال البائع ويجب على قابضه قيمته لأنه غاصب، وعلى القول بلحوقها التالف يكون تلفه من مال المشتري ويلزم لمالكه الثمن ».

3 – محمد جبر الألفي، الفضالة، المرجع السابق، ص78.

بائعا ومشتريا في الوقت نفسه[1]، وعليه تطبق على الثمن عينا أحكام البيع، فإذا تلف الثمن قبل القبض انفسخ العقد ولم يعد قابلا لأن تلحقه الإجازة. وعليه نرجح تطبيق الحكم نفسه على التصرف الموقوف إذا هلك المبيع قبل الإجازة ولو بعد القبض.

5- موافقة الإجازة للتصرف المجاز:

يقصد بهذا الشرط أن تكون الإجازة متوافقة مع ذات التصرف المجاز من جميع الوجوه، لأن الإجازة هي رضا لاحق بالعقد الموقوف، وما دامت كذلك فيجب أن تكون متوافقة معه كما يتوافق القبول بالإيجاب، لأنها لو وردت بصورة مخالفة فلا تؤدي إلى نفاذ العقد بل يبقى العقد موقوفا[2].

غير أنه لا يشترط مطابقة الإجازة للتصرف الانفرادي المجاز، فمثلا، إذا أوصى فضولي لآخر بشيء فأجاز صاحب الشيء الوصية بنصفه أو بشروط معينة، وجب تنفيذ الوصية بالشروط نفسها، كذلك لو أجاز بعض الورثة الوصية ورد البعض نفذت الوصية الموقوفة على المجيز بقدر حصته وبطلت في حق الرد[3] .

وعلى خلاف ذلك، قضت محكمة التمييز الأردنية بأن إجازة المالك لعقد الفضولي يفيد إجازته للعقد بما تضمنه من شروط ولا يجوز تجزئة الإجازة الصادرة من المالك ولا استثناء أي شرط من شروط العقد[4].

ومع أنه لم يرد نص في التقنين المدني الجزائري ولا في تقنين الأسرة على هذا الشرط البديهي، فهو يجب أن يتحقق لصحة إجازة كل من التصرف القابل للإبطال (في التقنين المدني) والتصرف الموقوف (في تقنين الأسرة).

وتعقيبا على شروط صحة الإجازة في الفقه الحنفي، وفي التقنينات المدنية لبعض الدول العربية التي حذت حذوه، الذي يشترط لصحة الإجازة وجود عناصر التصرف من عاقدين ومجيز ومتصرف فيه وقت صدور التصرف ووقت الإجازة، نقول، نؤيد ما ذهب إليه الفقيه

---

1 – تنص المادة 415 من التقنين المدني الجزائري على ما يلي: « تسري على المقايضة أحكام البيع بالقدر الذي تسمح به طبيعة المقايضة، ويعتبر كل من المتقايضين بائعا للشيء ومشتريا للشيء الذي قايض عليه ».

2 – محمد بن إسماعيل الغشم، المرجع السابق، ص277؛ عبد القادر المومني، المرجع السابق، ص140.

3 – طاهر خليفة السيسني، المرجع السابق، ص210

4 – قرار رقم 1993/287، منشور في مجلة نقابة المحامين، 1994، ص2726، نقلا: عن عيسى عبد القادر المومني، المرجع السابق، ص140.

السنهوري من أن ذلك المسلك لم يراع الاعتبارات العملية، والأولى هو الاكتفاء فقط باشتراط تلك العناصر عند صدور التصرف حتى تتحقق المصالح في التعامل بين الناس، ويكون ذلك استجابة لمقتضيات العصر الحديث من السهولة واليسر في التعامل، فقد تدعو مصلحة ورثة المالك في بيع الفضولي، مثلا، إلى إجازة التصرف الذي لم يجزه المالك من قبل، وقد تدعو الحاجة أيضا إلى إجازة العقد بعد موت أحد الأطراف الثلاثة أو بعد هلاك المحل [1].

الفرع الثاني

التعبيرعن الإجازة وكيفية إثباتها

تعد إجازة العقد الموقوف تعبيرا إراديا عن نقل هذا العقد من مرحلة الوقف إلى مرحلة النفاذ، فهي تصرف قوامه الإرادة. والتعبير عن الإرادة يتخذ أشكالا مختلفة، تكون الإرادة حرة في اتخاذ أحدها، ما لم ينص القانون أو يقضي الاتفاق على غير ذلك.

ولكي يرتب التعبير عن الإجازة، بأية صورة تكن، الأثر المرجو منه، يجب على كل من يدعي صدور الإجازة من المجيز أن يقيم الدليل على دعواه.

وبناء على ذلك، نعرض أولا التعبير عن الإجازة، ثم كيفية إثبات الإجازة.

أولا – التعبير عن الإجازة:

تكون الإجازة في الفقه الإسلامي صريحة إذا صدرت باللفظ أو بالفعل أو بالكتابة أو بالإشارة، وتكون ضمنية إذا صدرت بغيرها من الطرق التي من شأنها أن تدل عليها[2]. وقد

---

1 – في هذ الشأن، يقول عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق، ج4، المرجع السابق، ص279، ما يأتي: « غلبت مقتضيات الصناعة الفقهية عند تحديد شروط الإجازة، فقد رأينا أنه يجب لصحة الإجازة قيام الأطراف الثلاثة وقيام المبيع وقت صدور التصرف ووقت صدور الإجازة، ذلك أن الإجازة في الفقه الإسلامي لها حكم الإسناد من وجه ومن ثم وجب توافر الشرط وقت صدور التصرف وهو الوقت الذي تستند إليه الإجازة، ولها حكم الإنشاء من وجه ومن ثم وجب أيضا توافر الشرط وقت صدورها ففي هذا الوقت بدأ وجودها. ولكن هذه النظرية الصناعية المحضة نظرة ضيقة، فهي لا تسمح بإجازة العقد لو مات أحد الأطراف الثلاثة وحلّ ورثته محلّه، ولا تسمح بإجازة العقد بعد هلاك المحل. وقد تدعو الحاجة إلى إجازة العقد بعد موت أحد الأطراف الثلاثة أو بعد هلاك المحل، فتقف الصناعة الفقهية دون ذلك من غير مبرر. وكان الأولى أن يجعل للإجازة حكم الإسناد دون حكم الإنشاء، فيكتفي باشتراط قيام الأطراف الثلاثة وقيام المحل وقت صدور التصرف دون وقت صدور الإجازة ».

2 – الكاساني، بدائع الصنائع، ج2، المرجع السابق، ص234 جاء فيها: « وأما بيان ما يكونت اجازة: فالاجازة قد تثبت بالنص، وقد تثبت بالدلالة، وقد تثبت بالضرورة. أما بالنص: فهو الصريح بالاجازة أو ما يجري مجراها، نحو إن يقول: اجزت أو رضيت أو اذنت ونحو ذلك. وأما الدلالة: فهي قول أو فعل يدل على الإجازة، مثل =

حددت المادة 60 من التقنين المدني الجزائري، التي تقابل المادة 90 من التقنين المدني المصري، طرق التعبير عن الإرادة، إذ نصت على ما يأتي:

« التعبير عن الإرادة يكون باللفظ، وبالكتابة وبالإشارة المتداولة عرفا، كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالته على مقصود صاحبه.

ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنيا إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحا ».

وهذه **نبذة موجزة** عن كل من طرق التعبير عن إجازة العقد في الفقه الإسلامي والقانون المدني، وذلك بدون تفصيل هذه الطرق لأن مضمون رسالتنا، من جهة أولى، ليس هو دراسة موضوع الإجازة، ومن جهة ثانية، لأن هذه الطرق لا تقتصر على الإجازة بل هي تنطبق على كل التصرفات القانونية أو الشرعية.

1- الإجازة باللفظ:

اللفظ هو الوسيلة الأصلية للتعبير عن الإرادة وهو الأكثر صراحة ووضوحا واستعمالا[1].

ولا يشترط الفقهاء صيغا معينة أو ألفاظا محددة للتعبير عن إجازة التصرف الموقوف، إذ أن العبرة بالمقاصد والمعاني وليس بالألفاظ والمباني[2]، ومن قبيل ذلك أن يقول صاحبها: "أجزت البيع" أو "رضيت به" أو قبلته" » أو أن يقول: "أسقطت حقي في طلب الفسخ أو الإبطال"، ونحوها من الألفاظ التي تفصح عن إرادة مجيز التصرف.

وقد نصت المادة 303 من مجلة الأحكام العدلية، التي تقابلها المادة 396 من مرشد الحيران، على أن: « الإجازة **القولية** كل لفظ يدل على الرضا بلزوم البيع كأجزت ورضيت ». كما قضت المادة 173ف/1 من التقنين المدني العراقي بأن: « تكون الإجازة بالفعل أو

=إن يقول المولى إذا اخبر بالنكاح: حسن أو صواب أو لا بأس به، أو يسوق الى المراة المهر أو شيئا منه »؛ محمد بن اسماعيل الغشم، المرجع السابق، ص195.

1 – عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج1، المرجع السابق، ص517؛ عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، ص475؛ جميل الشرقاوي، النظرية العامة للالتزام: الكتاب الأول، مصادرالالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1981، ص89؛ إسماعيل غانم، المرجع السابق، ص80؛ وحيد الدين سوار، النظرية العامة للالتزام، منشورات جامعة دمشق، ط2، 1995–1996، ص347؛ بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري: ج1: التصرف القانوني، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1995، ج ص59.

2 – محمد جبر الألفي، الفضالة، المرجع السابق، ص80؛ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، ص553؛ محمد سعيد جعفور وفاطمة إسعد، المرجع السابق، ص146.

بالقول أو بأي لفظ يدل عليها صراحة أو دلالة ».

2- الإجازة بالفعل[1]:

قد تقع الإجازة بفعل من المجيز يدل على رغبته في العقد وموافقته على التصرف، ولا يشترط إن يتلفظ بلفظ يدل على اجازته لهذا التصرف، فكل ما يدل على هذا المعنى دلالة واضحة من قول أو فعل ينعقد به العقد، كأن يقبض المالك الثمن كله أو بعضه من المشتري[2].

3- الإجازة بالكتابة:

إنّ النطق والفعل، ليسا الوسيلة الوحيدة للتعبير عن الإجازة عما يكمن من أفكار في نفس الإنسان، وإنما قد يعبر عنها أيضا بواسطة الكتابة التي تعتبر وسيلة لنقل ما يمكن قوله شفاهة، فهي قول مكتوب. فإذا صدرت الإجازة مكتوبة أخذت حكم التلفظ بالإجازة بشرط أن تكون الكتابة واضحة مستبينة.

والكتابة المستبينة هي التي لها بقاء بعد الانتهاء منها، وتكون مفهومة يستطاع قراءتها، مثل الكتابة على الورق أو اللوح أو الأرض أو الحائط[3].

ويشترط في الإجازة المكتوبة أن تحمل الكلمات المستعملة معنى التصرف الذي تقصده

---

1 – البحر الرائق لابن نجيم، ج 6، المرجع السابق، ص 160 جاء فيها: « ثم الإجازة لبيع الفضولي تكون بالفعل وبالقول فمن الأول تسليم المبيع وكذا أخذ الثمن ومن الثاني طلب الثمن »؛ الكاساني، بدائع الصنائع، ج7، المرجع السابق، ص186؛ محمد بن إسماعيل الغشم، المرجع السابق، ص 188؛ عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق، ص207؛

تنص المادة 304 من مجلة الاحكام العدلية على أن: « الإجازة الفعلية هي كل فعل يدل على الرضى، والفسخ الفعلي هو كل فعل يدل على عدم الرضى. مثلا لو كان المشتري مخيرا وتصرف في المبيع تصرف الملاك كأن يعرض المبيع للبيع أو يرهنه أو يؤجره كان إجازة فعلية يلزم بها وإذا كان البائع مخيرا وتصرف بالمبيع على الوجه كان فسخا فعليا للبيع ».

2 – جامع الفصولين للحنفي، ج 1، المرجع السابق، ص231، جاء فيها: « ذكر الخير الرملي أنه نقل عن المحيط أنه إذا اشترى سلعة من فضولي، وقبض المشتري المبيع بحضرة صاحب السلعة فسكت يكون رضاء »؛ عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق، ج4، المرجع السابق، ص193؛ محمد جبر الألفي، الفضالة، المرجع السابق، ص103.

3 – الكاساني، بدائع الصنائع، ج3، المرجع السابق، ص159 جاء فيها: « ...لان الكتابة المرسومة جارية مجرى الخطاب »؛ ابن نجيم، الأشباه والنظائر، المرجع السابق، ص339؛ رد المحتار لابن عابدين، ج 3، المرجع السابق، ص271؛ طاهر خليفة السيسني، المرجع السابق، ص25؛ محمد جبر الألفي، الفضالة، المرجع السابق، ص ص82-83؛ أحمد فراج حسين، المرجع السابق، ص140؛ محمد مصطفى شلبي، المدخل، المرجع السابق، ص444.

عرفا، لأنه إذا كانت تدل على مجرد الرغبة في الإجازة مستقبلا كمثل أن يقول: « سوف أجيز »، فلا تتحقق الإجازة لا عند النطق ولا عند الكتابة.

ولما كانت الإجازة تصرفا غير واجب التسليم، فإنه لا يشترط فيها قبول الطرف الآخر ولا حتى علمه، فمتى تمت الكتابة بعبارات دالة على الإجازة تحققت هذه الأخيرة وأنتجت آثارها ونفذ العقد منذ تاريخ إبرامه[1].

4- الإجازة بالإشارة:

الإشارة تعبير محض عن الإرادة يقوم مقام القول، والمقصود منها هو تحريك عضو من أعضاء الجسم للدلالة على الرضا أو الرفض، كتحريك الرأس عموديا للدلالة على القبول أو تحريكه أفقيا للتعبير عن الرفض، وهو حسب ما يقضي به عرف الناس في كل مجتمع[2]. والإشارة قد تصدر من القادر على النطق أو العاجز عنه أي الأخرس الذي قد يحسن الكتابة أو لا يحسنها.

وقد اختلف الفقهاء بصدد التعبير عن الإرادة بواسطة الإشارة بحسب ما إذا كان الشخص قادرا على النطق أم غير قادر عليه بأن كان أخرسا:

أ- إشارة القادر على النطق:

ذهب الرأي الراجح إلى أن الشخص القادر على النطق لا يعتد بإشارته، لأن الأصل في التعبير هو الكلام وأن الإشارة لا تكون إلا عند الضرورة، كما أن دلالة الإشارة لا ترتقي مهما قويت إلى درجة اللفظ أو الكتابة[3]. غير أن علاء الدين الكاساني، وهو أحد فقهاء المذهب الحنفي خالف موقف هذا المذهب إذ قال: « إن الإشارة متى تعلقت بها العبارة، نزلت منزلة الكلام لحصول ما وضع الكلام بها، وهو الإعلام، والدليل عليه العرف »[4].

---

1 – محمد وحيد الدين سوار، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص ص206–207؛ محمد حبار، المرجع السابق، ص455.

2 – طاهر محمد بن إسماعيل الغشم، المرجع السابق، ص190؛ عبد المجيد الحكيم، المرجع السابق، ص139.

3 – **انظر عند الحنفية:** ابن نجيم، البحر الرائق، ج 5، المرجع السابق، ص344؛ و**عند الشافعية** أنظر: الاشباه والنظائر للسيوطي، المرجع السابق، ص312؛ و**عند الحنابلة:** ابن قدامة، المغني، ج 8، المرجع السابق، ص412.

4 – الكاساني، بدائع الصنائع، ج 3، المرجع السابق، ص110؛ وفي هذا المعنى يرى أستاذنا محمد سعيد جعفور أنه مهما يكن من أمر فإن اعتبار الإشارة وسيلة للتعبير عن الإجازة من الشخص القادر على النطق هو أولى بالاتباع لأن الناس تعارفوا على قبول الإشارة من القادر على النطق (محمد سعيد جعفور، إجازة العقد، المرجع السابق، ص183).

ب – إشارة الأخرس:

ميز الفقهاء بين الأخرس الذي يعرف الكتابة والأخرس الذي لا يعرفها:

– **الأخرس الذي يعرف الكتابة:** قال الفقهاء بأنه يمكن أن يعبر عن إرادته إما بالكتابة أو بالإشارة على حد سواء، لأن المناط هو الإفهام[1]، بينما قال بعض الفقه بأنه يتعين عليه التعبير بالكتابة لا بالإشارة لكونها أوضح من الاحتمال، وعليه لا يجيزون انعقاد عقد الزواج بالإشارة ما دام يعرف الكتابة[2]. وخالفهم المالكية الذين ذهبوا إلى جواز التعبير عن الإرادة بالإشارة وإن كان الشخص قادرا على النطق والتعبير[3].

– **الأخرس الذي لا يعرف الكتابة:** مجمل القول في هذه المسألة أن الفقهاء يرون أن إشارة الأخرس هي الوسيلة الأصلية للتعبير عن إرادته لكن بشرط فهمها، لأن حرمانه منها يحرمه من التعاقد، وفيه من الضرر ما لا يخفى. وقد ورد في بدائع الصنائع للكاساني بشأن عقد البيع أن « النطق ليس بشرط لانعقاد البيع والشراء ولا لنفاذهما وصحتهما، فيجوز بيع الأخرس وشراؤه إذا كانت الإشارة مفهومة في ذلك لأنه إذا كانت الإشارة مفهومة في ذلك قامت الإشارة مقام عبارته »[4]. ولقد نصت المادة 70 من الأحكام العدلية: « إنّ الإشارة المعهودة للأخرس كالبيان باللسان »[5].

وبناء على ما سبق، فإن الإشارة في الحالات التي تعتبر فيها وسيلة للتعبير عن الإرادة، تصلح تعبيرا عن الإجازة.

5– الإجازة باتخاذ موقف يدل عليها (الإجازة الضمنية):

إنّ التعبير الضمني عن الإجازة يكون باتخاذ موقف لا يدع مجالا للشك على مقصود

---

1 – انظر **عند الحنفية:** فتح القدير، ج 3، المرجع السابق، ص492.

عند الشافعية: نهاية المحتاج للرملي، ج 6، المرجع السابق، ص436.

عند المالكية: الشرح الكبير وحاشية الدسوقي، ج 3، المرجع السابق، ص3.

2 – فتح القدير، ج 3، المرجع السابق، ص492؛ علي الخفيف، أحكام المعاملات، المرجع السابق، ص192.

3 – الشرح الكبير وحاشية الدسوقي، ج 3، المرجع السابق، ص3؛ وهذا هو موقف المشرع الجزائري الذي نص في المادة 60 من التقنين المدني على أن الإشارة وسيلة للتعبير عن الإرادة دون تفرقة بين صدورها من قادر عن الكلام أو عاجز عنه.

4 –الكاساني، بدائع الصنائع، ج 5، المرجع السابق، ص135.

5 – وهو ما نصت عليه المادة 357 من مرشد الحيران: « إيماءة الأخرس... كالبيان باللسان »، والمادة 12 من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الشافعي: « إشارة الأخرس تقوم مقام النطق، فإن فهمها الجميع فهي صريحة... وإن لم يفهمها إلا الخاصة فكناية... وإن لم يفهمها أحد فلغو ».

صاحبه في إجازة التصرف، فهو يدل على الإرادة بطريقة غير مباشرة ويخالف التعبير الصريح الذي يفصح عن الإرادة بطريقة مباشرة[1]. ويشترط لاستخلاص الإجازة الضمنية أن تكون الوقائع المستفادة منها الإجازة قاطعة في الدلالة عليها. ولما كانت الإجازة هي النزول عن الحق في التمسك بالإبطال فكان من الأجدر عدم التوسع في تفسير ما يؤدي إليه.

وقد أورد الفقهاء أمثلة عن حالات تدل على الإجازة الضمنية، نذكر منها:

– قبض المالك ثمن الشيء المبيع من المشتري في عقد بيع الفضولي وكذالك تسليم المالك المبيع إلى المشتري في بيع الفضولي[2].

– قيام المالك بتنفيذ العقد في بيع الفضولي، وفي هذا الأمر يقول الكاساني: « لو كان المبيع دابة فركبها لحاجة نفسه كان إجازة... »[3]. وقد نصت المادة 173ف/1 من التقنين المدني الأردني على أن: « تكون الإجازة بالفعل أو بالقول أو بأي لفظ يدل عليها صراحة أو **دلالة** »[4].

6- هل تتم الإجازة بالسكوت؟

يختلف السكوت عن التعبير الضمني عن الإرادة لأن السكوت هو الصمت وعدم الكلام فهو إذن موقف سلبي محض فلا يدل على إرادة في إجازة العقد أو رفضه، فلا يعبر عن ذاته بأي مظهر خارجي، عكس التعبير الضمني الذي يتجسد في موقف تستخلص فيه الإرادة ظروف إيجابية تدل عليه، ولهذا يقول فقه الشريعية الإسلامية إنه: « لا ينسب إلى ساكت قول »[5].

غير أن السكوت الذي تقترن به ملابسات يمكن أن يستشف منها دلالة على الإرادة فهل يعتبر السكوت حينئذ إجازة؟

---

1 – محمد جبر الألفي، الفضالة، المرجع السابق، ص83؛ مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص448.

2 – ابن نجيم، البحر الرائق، ج6، المرجع السابق، ص161 جاء فيها: « الإجازة لبيع الفضولي تكون بالفعل وبالقول، فمن الأول تسليم المبيع وكذا اخذ الثمن ومن الثاني طلب الثمن »؛ عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق، ج4، المرجع السابق، ص193؛ محمد جبرالألفي، الفضالة، المرجع السابق، ص103.

3 – الكاساني، بدائع الصنائع، ج5، المرجع السابق، ص270.

4 – تطابق المادة 136ف/2 من التقنين المدني العراقي والمادة 181ف/1 من التقنين المدني الكويتي والمادة 125 من قانون المعاملات المدنية الإماراتي والمادة 213 من مشروع قانون المعاملات المالية العربي الموحد؛ ابن عابدين، رد المختار، ج 4، ص ص594–595؛ محمد زكي عبد البر، المرجع السابق، ص43.

5 – السيوطي، المرجع السابق، ص266. حيث جاء فيها: « لا ينسب إلى ساكت قول » وهي عبارة الإمام الشافعي كما يقرر ذلك الإمام السيوطي؛ محمد بن إسماعيل الغشم، المرجع السابق، ص193.

إنّ السكوت الذي يصلح تعبيرا عن الإرادة هو السكوت الملابس وليس السكوت المجرد. ومن تطبيقات السكوت واعتباره إجازة لتصرف سابق، مثلا، عقد الزواج، فإذا زوجت المرأة دون إذنها ثم علمت بذلك وكانت بكرا فكان سكوتها إجازة[1].

أما في المعاملات المالية فقد انقسمت آراء الفقهاء إلى قسمين:

أ- رأي المالكية: يذهب المالكية إلى أن المالك الذي حضر بيع الفضولي وسكت دون عذر حتى انفض مجلس العقد يكون سكوته إجازة[2]. أما إذا تم العقد بدون حضور صاحب الحق في الإجازة وبدون علمه فيكون مخيرا بين فسخ العقد أو إجازته عن طريق تسلم الثمن. وإذا تم العقد بدون حضوره ولكن علم به وسكت عنه ولم ينكر التصرف فيفرق بين رأيين:

يقول الرأي الأول بمنح مهلة سنة للمالك تبدأ من وقت علمه بالعقد لإجازة العقد أو رفضه، فإذ لم يُبد إرادته خلال هذه المدة اعتبر سكوته إجازة للعقد، ويجوز له مطالبة البائع بالثمن خلال عشر سنوات تبدأ من وقت علمه بالبيع، فإذا انقضت المدة فلا تسمع دعواه بإبطال البيع[3].

ويقول الرأي الثاني بعدم اعتبار سكوت المالك إجازة للعقد، ولو استمر سكوته عاما أو عامين من تاريخ علمه بالعقد[4].

ب- رأي جمهور الفقهاء: يرى فقهاء كل من الحنفية والشافعية والحنابلة أن السكوت ليس تعبيرا عن الرضا وبالتالي ليس دليلا على الإجازة، وفي ذلك يقول ابن نجيم الحنفي: « إن السكوت بعد العلم لا يكون إجازة »[5]، ويقول النووي إنه: « إذا باع إنسان سلعة وصاحبها حاضر لم يأذن ولم يتكلم ولم ينكر، لم يصح البيع عندنا »[6]، فلا يعد السكوت إجازة لأنه غير قاطع في الدلالة على الرضا وإجازته بل إنه يحتمل الرضا أو الرفض.

---

1 – الكاساني، بدائع الصنائع، ج2، المرجع السابق، ص242؛ محمد بن اسماعيل الغشم، المرجع السابق، ص193؛ محمد حبار، ج2، المرجع السابق، ص456.

2 – جاء في مواهب الجليل للحطاب (ج4، المرجع السابق، ص271) ما يلي: « قال ابن رشد: إن كان حاضرا الصفقة فسكت حتى انفض المجلس لزمه البيع وكان له الثمن ».

3 – محمد حسنين، المرجع السابق، ص95؛ محمد جبر الألفي، الفضالة، المرجع السابق، ص84.

4 – طاهر خليفة السيسني، المرجع السابق، ص 35.

5 –ابن نجيم، االبحر الرائق، ج2، المرجع سابق، ص161؛ السرخسي، المبسوط، ج3، المرجع السابق، ص140.

6 – النووي، المجموع، ج9، المرجع السابق، ص161.

غير أن هناك بعضا من الفقه للمذاهب الثلاثة تعتبر سكوت المالك إجازة لتصرف الفضولي إذا كان هذا الأخير يتصرف بمرأى ومسمع المالك دون أن ينكر عليه ذلك، فقال ابن قاضي سماوة ما يلي: « ذكر الخبر الرملي أنه نقل عن المحيط أنه إذا اشترى سلعة من فضولي وقبض المشتري المبيع بحضرة صاحب السلعة فسكت يكون رضا »[1].

ويستخلص من رأي الفقه الإسلامي، أن السكوت كأصل عام لا يصلح دليلا على الرضا ولا على الإجازة، إذ لا ينسب إلى ساكت قول. وفي هذا المعنى نصت المادة 396ف/2 من مرشد الحيران على عدم اعتبار السكوت إجازة، إذ قضت بأن: « سكوت المالك عند بيع الفضولي ماله بلا إذنه لا يكون رضاء منه بالبيع ».

بيد أن السكوت ملابسا بظروف تدل على رضا صاحبه، فإنه يعد حينئذ بيانا، كأن يتسلم المالك في بيع الفضولي الثمن من المشتري دون أن يعترض على العقد، وقد قيل إن « السكوت في معرض الحاجة إلى البيان بيان ». وذلك ما يستفاد من نص المادة 136ف/2 من التقنين المدني العراقي التي تقضي بأنه: « ... يجب أن يستعمل خيار الإجازة أو النقض خلال ثلاثة أشهر، فإذا لم يصدر في هذه المدة ما يدل على الرغبة في نقض العقد، **اعتبر العقد نافذا** »[2]، ومفاد ذلك أن امتناع التمسك بخيار الإجازة أو النقض بمرور مدة ثلاثة أشهر ينبني عليه نفاذ العقد نهائيا، وبالتالي إنتاج الآثار التي كانت محبوسة وكأن العاقد أجاز العقد. ويعتبر هذا التقادم عبارة عن **إجازة مفروضة بقرينة قانونية**، بحيث لا يجوز لمن سكت طيلة المدة المقررة عن ممارسة حقه في خيار الإجازة أو النقض بأن يثبت أن سكوته هذا يرجع إلى سبب آخر غير الرغبة في الإجازة أو النقض.

ويقوم سقوط دعوى الإبطال بالتقادم وتأييد العقد بمرور الزمن على رغبة المشرع في المحافظة على استقرار التعامل بين أفراد المجتمع وإقرار المراكز القانونية[3].

وتجدر الإشارة إلى أنه طبقا للمادة 101 من التقنين المدني الجزائري، المذكورة سابقا،

---

1 – ابن قاضي، جامع الفصولين، ج1، المرجع السابق، ص231.

2 – تقابل المادة 182ف/2 من التقنين المدني الكويتي التي تنص على أنه: « ... إذا انقضى ميعاد الإعذار من غير اختيار، اعتبر ذلك إجازة للعقد »، والمادة 215ف/2 من قانون المعاملات المدنية الإماراتي، والمادة 42 من مجلة الالتزامات والعقود التونسية، والمادة 183 من التقنين المدني الكويتي، والمادة 89 من نظيره السوداني.

3 – راجع في في تحديد أساس سقوط دعوى الإبطال في التقنينات المدنية المنصوص عليها في المادة 1304 من التقنين المدني الفرنسي. أنظر:

AUBRY et RAU, Op. Cit., p. 447

المتعلقة بعيوب الإرادة وطبقا للمادة 90 منه المتعلقة بالاستغلال التي تقضي: « يجب إن ترفع الدعوى بذلك خلال سنة واحدة من تاريخ العقد وإلا كانت غير مقبولة » ينبني على سقوط الدعوى بمرور الزمن امتناع صاحب الحق بالتمسك بعدها بقابلية العقد للإبطال، حيث يتأيد العقد وتتأيد كل الآثار التي أنتجها. وبذلك تختلف الإجازة المفترضة عن الإجازة الضمنية، التي يستفاد منها التنفيذ الاختياري للعقد من طرف من خوله القانون حق الإبطال ومن اتخذ مسلكا قاطع للدلالة على مقصوده، في أنه في الإجازة المفترضة يتخذ المتعاقد موقفا سلبيا يتمثل في سكوته عن التمسك بحقه في الإجازة أو طلب الإبطال.

أما لو رجعنا إلى المادة 83 من تقنين الأسرة، التي أخذ مشرعنا بمقتضاها بفكرة وقف تصرفات الصبي المميز الدائرة بين النفع والضر، لوجدنا أن المشرع قد سكت عن تحديد مدة زمنية يجب فيها أن تصدر الإجازة أو ترُفع فيها دعوى الإبطال، كما انه لم يشر إلى أن عدم صدور الإجازة أو الرفض يعتبر إجازة للعقد الموقوف. فما الحل حينئذ؟ ألا يجوز، طبقا للمادة 222 من تقنين الأسرة، القول بالرجوع إلى الرأي الراجح عند فقهاء الشريعة الإسلامية الذين يعتبرون العقد مجازا في هذه الحالة؟

وختاما لموضوع صور التعبير عن إجازة العقد الموقوف في الفقه الإسلامي، نقول إن ما قيل بصدد هذه الصور **ينطبق** على صور التعبير عن إجازة العقد القابل للإبطال في التقنين الدني الجزائري. فقد أوردنا، فيما سبق، نص المادة 60 من تقنيننا المدني التي تنص على أن التعبير عن الإرادة، وبالتالي عن الإجازة باعتبارها تصرفا إراديا، يكون بأية وسيلة من وسائل التعبير، من لفظ وبكتابة وإشارة واتخاذ أي موقف يدل على مقصود صاحبه.

ثانيا – إثبات الإجازة:

نتعرض فيه إلى أربع مسائل وهي: المقصود بالإثبات، على من يقع عبء الإثبات، محل الإثبات، ثم طرق إثبات الإجازة.

1- المقصود بالإثبات:

يقصد بالإثبات إقامة الدليل أمام القضاء بالطرق التي حددها القانون على وجود واقعة قانونية[1]. والأصل العام في ذلك مقرر في الحديث الشريف « البينة على المدعي واليمين

1 – محمد لبيب شنب، المدخل، المرجع السابق، ص240؛ عيسى عبد القادر المومني، المرجع السابق، ص144؛ محمد بن إسماعيل الغشم، المرجع السابق، ص225.

على من أنكر »[1].

2- عبء الإثبات:

يقصد بعبء الإثبات تحمل إقامة الدليل أمام القضاء بالطرق المعروفة. فعلى من يدعي الإجازة إثباتها استنادا إلى القاعدة الفقهية القائلة بأن « البينة على من ادعى واليمين على من أنكر » المأخوذة من الحديث الشريف للنبي صلى الله عليه وسلم[2]. فينبني على ذلك أن من يدعي إجازة التصرف عليه إثباتها، سواء كان المجيز أو غيره، بينما الطرف الآخر لا يكلف بالإثبات إذ يكفيه أن ينكر مزاعم الخصم.

والأصل هو عدم إجازة العقد أو التصرف، ويقع على من يدعى أنه أجيز إثبات هذه الإجازة لأنه يدعي أمرا خلاف الثابت أصلا[3].

3- محل الإثبات:

محل الإثبات هو الواقعة القانونية أو التصرف مصدر الأثر الشرعي أو القانوني للحق وليس الحق ذاته. فإذن المحل الذي يقع عليه الإثبات في مجال إجازة العقد الموقوف هو التصرف أو العمل المادي الذي يفيد حصول الإجازة. فإذا أثبت المدعى وقوع الإجازة ممن شرع له حق الوقف، كان على القاضي أن يستخلص مما ثبت ما يرتب القانون عليه من آثار، فمثلا، في بيع الفضولي لملك الغير لو ادعى المشتري أن المالك هو الذي سلم له المبيع ومعناه أجاز البيع، فمحل الإثبات هو واقعة التسليم إلى المشتري وكذا علم المالك بسبب توقف العقد لأنه صادر من الفضولي.

أما في إجازة العقد القابل للإبطال، فيجب إثبات أن الإجازة صادرة عن علم بالعيب الذي شاب التصرف المجاز[4].

---

1 – الحديث أخرجه البيهقي عن ابن عباس رضي الله عنه في السنن الكبرى، ج 10، ص202، ورواه الترمذي بلفظ « البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه »؛ سنن الترمذي الجامع الصحيح، ج 3، رقم الحديث 1341 ص 626؛ والبخاري في صحيحه، ج 3، ص116؛ وأخرجه أيضا بلفظ آخر « شاهداك أو يمينه »؛ وعن ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى أن « اليمين على المدعى عليه »، نقلا عن عبد القادر مومني، المرجع السابق، ص144.

2 – وذلك هو نص المادة 76 من مجلة الأحكام العدلية التي تقابلها المادة 77 من التقنين المدني الأردني.

3 – أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، المرجع السابق، ص32؛ أنور سلطان، المرجع السابق، ص186.

4 – أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، المرجع السابق، ص32؛ أنور سلطان، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص187؛ محمد بن إسماعيل الغشم، المرجع السابق، ص227، حيث يقول: « ويشترط أن يقره قاصدا إضافة أثره إلى نفسه »؛ =

أما في التصرف في ملك الغير، فيجب إثبات صدور الإقرار، أي إثبات أن المقر كان عالما بالتصرف الذي يقره وبأنه خارج عن حدود النيابة إذا كان صادرا من نائب، وأن الغير أجراه في ماله دون أن تكون له سلطة في ذلك فأصدر الإقرار بناء على هذا العلم.

4- طرق إثبات الإجازة:

لما كانت الإجازة تصرفا إراديا انفراديا من المجيز لا يشاركه فيه الغير، الذي يعتبر أجنبيا ما دام ليس طرفا فيها، فقد قرر الفقهاء لهذا الغير إثباتها بكافة طرق الإثبات بما فيها القرائن وشهادة الشهود، إذا لم يتمكن من تقديم الدليل الكتابي[1]. ذلك بالنظر إلى أن الأعمال التي تفيد الإجازة، سواء كانت تصرفات شرعية، أو قانونية حسب مصطلح فقه القانون المدني، أو كانت وقائع مادية تمثل بالنسبة إليه وقائع مادية يجوز إثباتها بكافة الوسائل من كتابة وشهادة وقرائن وإقرار واليمين[2].

المطلب الثالث

الآثار المترتبة على تحقق الإجازة

إذا صدرت الإجازة مستوفية شروطها ترتبت عليها آثارها، ذلك أن الإجازة إمضاء للعقد الموقوف واعتراف بوجوده الشرعي بعد أن كان له قبلها مجرد وجود مادي.

لقد سبق، أن قلنا، ان الإجازة هي رفع للمانع الذي كان يعترض سبيل التصرف الموقوف ويمنعه من ترتيب آثاره. فإذا أجيز العقد الموقوف أصبح نافذا بأن تكون الإجازة قد حررته وأطلقت سراحه من محبسه فينفذ وينتج كل آثاره[3]. فهي اعتراف بحقيقة وجود العقد

=PLANIOL et RIPERT, Op. Cit., p.390 ; DEMOGUE, op. cit, p. 107.

وقد قضت محكمة النقض المصرية (نقض مدني بتاريخ 1969/5/15 ص784)، ص20 بأنه: « يشترط في إقرار الموكل لما يباشره الوكيل خارجا عن حدود توكيله إن يكون المقر عالما بأن التصرف الذي يقره خارج عن حدود الوكالة، وأنه قد اقره قاصدا إضافة أثره إلى نفسه».

1 – عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج2، المرجع السابق، ص89، أنور سلطان، المرجع السابق، ص 163.

2 – وهي طرق الإثبات التي نص عليها تقنيننا المدني في المواد: 324 إلى 350.

3 – الكاساني، بدائع الصنائع، ج2، المرجع السابق، ص234؛ الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج3، المرجع السابق، ص348؛ النووي، المجموع، ج9، المرجع السابق، ص259؛ يقول بن الهمام في فتح القدير (ج 7، المرجع السابق، ص55) أنه: « إذا تحقق صدور الإجازة ممن له الحق فيها في بيع ملك الغير، ينفذ البيع ويفيد حكمه، وتترتب عليه كافة الالتزامات التي يرتبها البيع من التسليم والتسلم والضمان »؛ محمد سعيد جعفور، إجازة العقد، المرجع السابق، ص216.

ومداواة لشلل أصابه في فترة التوقف ما بين صدور التصرف وإجازته واعتباره منتجا لآثاره من وقت صدوره[1].

فبالإجازة، إذن، ينفذ العقد في حق المجيز (المالك) في بيع الفضولي، مثلا، لملك الغير، حيث تنتقل ملكية المبيع منه ويتملك الثمن، وينفذ البيع في حق المشتري فيدخل المبيع في ملكه وتنتقل ملكية الثمن عنه ويتحمل كافة التزامات المشتري، وينفذ في حق البائع حيث يعتبر نائبا تسري عليه قواعد النيابة. فيصير بيع ملك الغير بالإجازة لازما وقد كان قبلها غير لازم[2].

وللإجازة آثار مهمة في مجال التعامل، من أهمها الحفاظ على التصرف من الزوال، إذ تجعله مستقرا بصفة نهائية، وبذلك تؤدي دورا فعالا في استقرار المعاملات، إذ يترتب على التصرف أثره لما كان متوقفا ويسري في حق الغير.

فيكون للإجازة أثر في العقد الذي وردت عليه وأثر في مراكز أطرافه وأيضا بالنسبة للغير.

وبناء على ذلك، يتعين علينا أن ندرس في هذا المطلب، في ثلاثة فروع، أثر الإجازة على العقد المجاز (الفرع الأول)، أثرها بالنسبة إلى كل طرف من أطراف العقد (الفرع الثاني)، وأخيرا إلى أثرها بالنسبة إلى الغير (الفرع الثالث).

الفرع الأول

أثر الإجازة بالنسبة إلى التصرف الموقوف

إنّ العقد الموقوف عقد قائم وموجود شرعا لكن آثاره متوقفة بسبب مانع منعها. وهذا المانع قد يكون هو حق الغير أو حق الشخص المتصرف نفسه[3]، وهو مانع تزيله الإجازة إذا تمسك بها من توقف التصرف لمصلحته فينفذ العقد ويفيد حكمه وتترتب عليه كافة

1 – يقول مصطفى أحمد الزرقاء (ج2، المرجع السابق، ص722) ما يأتي: « فبإجازة صاحب العلاقة يحل عقاله فيجتاز محبسه وينفذ إلى هدفه فكأنه رسول ساع إلى غاية بينه وبينها أرض محمية الحدود فإذا أذن له صاحبها اجتيازها بالإجازة وإن منعه عاد إدراجه »؛ صلاح الدين شوشاري، المرجع السابق، ص137.

2 – علي الخفيف، أحكام المعاملات، المرجع السابق، ص295؛ وهو ما قضت به المادة 377 من مجلة الأحكام العدلية من أن: « البيع الموقوف يفيد الحكم عند الإجازة ».

3 – يقول الكاساني في بدائع الصنائع (ج7، المرجع السابق، ص370) ما يأتي: « فهو ينفذ بالسبب السابق لا بإزالة المانع »؛ محمد بن اسماعيل الغشم، المرجع السابق، ص434.

آثاره[1]، وحينها يستقر بصورة نهائية، ذلك أن الإجازة تعتبر رضا بتصرف قائم واعتراف بوجوده الشرعي وأن آثار التصرف تنفذ بها مستندة إلى وقت إبرامه[2]. وهو بذلك يستوي مع العقد الذي صدر نافذا[3].

يتبين، مما سبق، أن الإجازة، إذن، هي إسقاط للحق وإزالة للمانع، من جهة، وهي رضا بمضمون التصرف السابق، من جهة أخرى.

فأما بالنسبة إلى كون الإجازة إسقاطا للحق وإزالة للمانع: فلأنها إسقاط لحق المجيز في عدم نفاذ التصرف بالنسبة إليه. فإن هو أجاز التصرف فمعنى ذلك أنه رضي بآثاره وأسقط حقه في عدم نفاذه، وبسقوط هذا الحق زال المانع من النفاذ، وبالتالي ينفذ التصرف وينتج كافة آثاره. ومن ذلك يُفهم أن الإجازة، التي هي إزالة للمانع، ليست إلا شرطا لنفاذ التصرف ما دام أن التصرف موجود ومستوف لجميع عناصره، وبذلك يكون سبب ترتيب آثاره هو التصرف السابق القائم وليست الإجازة التي تقتصر على إزالة مانع النفاذ. وهو الأمر الذي يجعل العقد يرتب أثره من حين إبرامه، فيثبت للمشتري في بيع ملك الغير ملكية ما زاد في الفترة ما بين إبرام العاقد وورود الإجازة عليه[4]، وهو ما يفسر أيضا تملك الموصى له للوصية من قبل الموصي لا من قبل الورثة الذين أجازوا الوصية الموقوفة والذي يمثل تنفيذا لفعل الموصي.

وأما بالنسبة إلى كون الإجازة رضا بمضمون التصرف المجاز: فلأنها اعتبرت رضا بالتصرف الموقوف، لأن رضا المجيز به هو الذي يجعل التصرف الموقوف يرتب آثاره ويجعله ينفذ بكافة آثاره، فهو رضا لاحق به[5] يفيد إسقاط حقه في عدم نفاذ العقد وإزالة

---

1 – وذلك ما قضت به كل من المادتين 310 و429 من مرشد الحيران والمادة 377 من مجلة الأحكام العدلية.

2 – ففي العناية على الهداية (ج 7، المرجع السابق، ص61) جاء فيها:

« إن الملك بالإجازة قد تم للمشتري من وقت الشراء لأن سبب الملك هو العقد وكان تاما في نفسه ولكن امتنع ثبوت الملك له لمانع وهو حق المغصوب منه، فإذا ارتفع بالإجازة يثبت الملك من وقت السبب ».

3 – IBRAHIM EL-DESSOUKI, Op. Cit, p.14.

4 – محمد بن إسماعيل الغشم، المرجع السابق، ص435 جاء فيها: « الإجازة تسقط الحق الذي يمنع من النفاذ فهي ليست إسقاطا للحق في فسخ التصرف الموقوف فقط ».

5 – يقول ابن القيم في زاد المعاد في هدي خير العباد، للامام شمس الدين ابي عبد الله محمد بن ابي بكر الدمشقي المعروف بابن قيم الجوزية، ج5، تحقيق شعيب الانؤوط، ط 15، 1987، ص175 ما يلي:

« فحصول التراضي عند الإجازة كحصوله في أول العقد ولذلك فهو يجعل التصرف ينفذ من تاريخ إبرامه ».

المانع، فهو إذن رضا بتصرف موجود وقائم، وهو الأمر الذي يفسر أن الإجازة ليست قبولا لإيجاب سابق[1] ويجعل آثاره ترتبت عليه منذ تاريخ إبرامه.

وتجدر الإشارة إلى أنه إذا كان التصرف موقوفا على إجازة الجانبين، كأن يكون أحد الطرفين فضوليا والآخر ناقصَ أهلية، فإن نفاذه يستلزم إجازة الطرفين، فإذا أجازه أحد منهما دون الآخر ظل التصرف موقوفا على إجازة الطرف الآخر فإذا أجازها الآخر نفذ في حقهما معا.

وأيا يكن نوع التصرف الموقوف: فإذا كنا، مثلا، بصدد تصرف الفضولي بالبيع، فبإجازته تنتقل ملكية المبيع إلى المشتري والثمن إلى مالك المبيع وتترتب جميع الالتزامات التي يرتبها البيع من تسليم وضمان وغيرها، وينفذ في حق الفضولي الذي يصبح نائبا عن المالك الحقيقي الذي تسري عليه قواعد النيابة. وإذا كان التصرف إيجارا لملك الغير، فإن الإجازة تجعل الأجرة لمالك المنفعة، وللمستأجر حق تسلم العين المؤجرة والانتفاع بها. وإذا كان التصرف نكاحا، فالإجازة تحل الاستمتاع بين الزوجين وتثبت كل أحكام النكاح، وهي وجوب المهر ووجوب النفقة والطاعة وغيرها[2].

أما إذا كان التصرف طلاقا، فتطلق الزوجة وتجب عليها العدة[3]. وينفذ تصرف الصبي المميز، ومن في حكمه، الدائر بين النفع والضرر بالإجازة. وكذلك التصرفات الموقوفة لتعلق حق الغير بالمحل تنفذ بالإجازة: فبيع الراهن للمرهون إذا أجازه المرتهن نفذ[4]، وبيع

---

1 – محمد بن إسماعيل الغشم، المرجع السابق، ص437 يقول:
« ومع ذلك ذهب بعض فقهاء الإمامية بخصوص بيع الفضولي لنفسه إلى أن الإجازة تنشئ معاوضة جديدة أوعقدا جديدا، تأسيسا على أن البائع قصد البيع لنفسه وتم العقد بينه وبين المشتري على هذا الأساس، والمالك المجيز بالإجازة يقصد أن تكون نتيجة البيع له، فالإجازة على هذا النحو مغايرة للعقد السابق ».

2 – الكاساني، بدائع الصنائع، ج2، المرجع السابق، ص247؛ ابن نجيم، البحر الرائق، ج6، المرجع السابق، ص ص90–91؛ جاء في الفتاوي الهندية (المسماة الفتاوي العالمكيرية في مذهب الامام ابي حنيفة النعمان الفها جماعة من علماء الهند برئاسة الشيخ نظام استجابة لامر السلطان المظفر محي الدين، ج1، دار احياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ط3، 1980، ص576) ما يلي: « لا تجب العدة بالوطء في نكاح الفضولي كذا في محيط السرخسي »؛ عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق، ص232.

3 – جامع الفصولين، ج 1، المرجع السابق، ص229؛ وفي شرح الخرشي في فقه المالكية (ج 4، المرجع السابق، ص12) جاء ما يلي: « وطلاق الفضولي متوقف على إجازة الزوج كبيعه إلا إن العدة والأحكام من يوم الإجازة بخلاف البيع ».

4 – محمد بن إسماعيل الغشم، المرجع السابق، ص405.

المؤجر للشيء المؤجر أو تأجيره مرة أخرى إن أجازه المستأجر نفذ، وأيضا الوصية الموقوفة تنفذ بإجازة الورثة[1].

أولا – أثر الإجازة على عقد يكون شق منه موقوفا:

إذا كان العقد في شق منه موقوفا وفي شق آخر نافذا، يترتب على إجازة العقد في الشق الموقوف أن يصبح العقد كله نافذا وإن لم يجز الشق الموقوف انقضى العقد واستمر في شقه الثاني نافذا، وهو الرأي الراجح عندالحنفية[2] والمالكية[3].

وقد أخذ المشرع الأردني بجواز انتقاص العقد الموقوف، إذ قضى في المادة 169ف/2 من تقنينه المدني بما يأتي: « وإذا كان العقد في شق منه موقوفا توقف في الموقوف على الإجازة، فإن أجيز نفذ العقد كله، وإن لم يجز بطل هذا الشق فقط حصته من العوض وبقي في النافذ بحصته ». وأخذ المشرع العراقي بالحكم نفسه في المادة 139 من تقنينه المدني[4].

أما التقنين المدني الجزائري (المادة 104) على غرار نظيره المصري (المادة 143)، الذي اعتنق نظرية قابلية العقد للإبطال فأخذ بفكرة انتقاص العقد وتحوله، فإذا قصدت نية المتعاقدين تحول العقد المراد التحول إليه كان التحول مقبولا وإلا فلا[5].

ونرى أن الحكمة من جواز القول بانتقاص العقد أن هذا الانتقاص إنما شُرع لإنقاذ العقد من الزوال وتحقيق رغبة المتعاقدين في إنشائه، والقول بغير ذلك يهدد استقرار المعاملات في المجتمع.

---

1 – الكاساني، بدائع الصنائع، ج7، المرجع السابق، ص338 ورد فيها: « إذا باع المؤجر الشيء المؤجر وأجاز المستأجر البيع انفسخت الإجارة لأن الإذن والإجازة يقتضيان التسليم ».

2 – الزيعلي، تبيين الحقائق، ج4، المرجع السابق، ص60؛ أما زفر بن الهذيل فيرى عدم جواز انتقاص العقد الموقوف لأن العقد لديه مجموع لا يتجزأ.

3 – يقول ابن جزيء المالكي في القوانين الأحكام (المرجع السابق، ص197) أنه: « لو باع الرجل ملكه وملك غيره في صفقة واحدة صح البيع فيهما ولزمه في ملكه ووقف اللزوم في ملك غيره على إجازته »؛ الرزاق حسن فرج، المرجع السابق، ص245.

4 – تنص المادة 139 من التقنين المدني العراقي على ما يلي: « إذا كان العقد في شق منه باطلا فهذا الشق وحده هو الذي يبطل. أما الباقي من العقد فيظل صحيا باعتباره عقدا مستقلا إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الذي وقع باطلا ». وهو ما أخذت به المادة 125 من مشروع المعاملات المالية العربي الموحد.

5 – تنص المادة 104 من التقنين المدني الجزائري على أنه: « إذا كان العقد في شق منه باطلا أو قابلا للإبطال، فهذا الشق وحده هو الذي يبطل، إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلا أو قابلا للإبطال، فيبطل العقد كله »، مطابقة للمادة 143 من التقنين المدني المصري.

ثانيا – أثر الإجازة في حالة تعدد التصرفات على الشيء وإجازة واحد منها:

تتحقق هذه الفرضية إذا باع الفضولي الشيء المملوك للغير إلى شخص ويسلمه له ثم يقوم المشتري ببيعه إلى مشتري آخر، أو يتصرف فضولي في الشيء بالبيع ويتصرف فيه فضولي آخر بالهبة أو الإيجار، فيكون كل من التصرفين موقوفا على إجازة المالك. **فما هو التصرف الذي ينفذ حينئذ؟**

عملا بالقاعدة المعروفة عند فقهاء الشريعة الإسلامية التي تقول إنه « إذا طرأ ملك بات على ملك موقوف أبطله » فإن التصرف الذي ينفذ هو التصرف الذي يجيزه المالك ويبطل التصرف الآخر[1].

ثالثا – حالة تعدد التصرفات على الشيء وإجازتها كلها:

تتحقق هذه الفرضية لما تتعدد التصرفات على الشيء وكلها موقوفة ثم تلحقها الإجازة جميعا، كما لو باع الفضولي الشيء المملوك للغير وقام المشتري بتأجيره أو رهنه وغيره من التصرفات، **فأي منها ينفذ؟**

إنّ الفقه الإسلامي يفضل التصرف الأقوى، والتصرف بالبيع أقوى من غيره فينفذ، والهبة أقوى من الإجارة فتنفذ، والإجارة أحق من الرهن لإفادتها ملك المنفعة[2].

ويلاحظ أن التصرف الأقوى هو التصرف الناقل للملكية، فالبيع أقوى من الإيجار، والتصرف الناقل للملكية **بعوض** أقوى من الناقل للملكية **بدون عوض**. فالأقوى هو الذي ينفذ[3].

وإن كان يلاحظ أن الفقهاء لم يضعوا معيارا محددا لما هو أقوى.

أما إذا كان التصرفان متساويين في القوة، كما لو باع الفضولي الشيء إلى آخر ثم باعه ثانية من اخر غير الاول، وأجازهما المالك معا فكانا نافذين، فيكون المال مشتركا بين الاثنين مناصفةً ولهما الخيار بين أخذ النصف أو تركه[4].

---

1 – جاء في حاشية ابن عابدين (ج 4، المرجع السابق، ص142) ما يلي: « ففي مسالة بيع المشتري من الغاصب لو أجاز بيع الغاصب نفذ وبطل بيع المشتري لأن الملك البات للغاصب طرأ على ملك موقوف باشره هو »؛ لقد أخذ بهذه القاعدة القانون الأردني في المادة 551. التي تنص على: « 1 – إذا اقر المالك البيع ساري العقد في حقه وانقلب صحيحا في حق المشتري. 2 – وينقلب صحيحا في حق المشتري إذا آلت ملكية المبيع إلى البائع بعد صدور العقد ».

2 – بن الهمام، شرح فتح القدير، ج7، المرجع السابق، ص68؛ رد المحتار، ج5، المرجع السابق، ص241.

3 – حاشية ابن عابدين، ج4، المرجع السابق، ص142.

4 – بن الهمام، فتح القدير، ج7، المرجع السابق، ص68.

وقد التزم القانون المدني الصمت في معالجة هذه الجزئية، إذ لم ينظمها المشرع. لذلك نرى أن التصرف الذي ينفذ منهما هو الأقدم تاريخا، سواء كان بيعا أو إيجارا أو رهنا. فإذا لحقت الإجازة جميع هذه التصرفات، فإنه يترتب عليها أثرها فتنفذ جميعا.

لكن السؤال المطروح، هو متى تترتب آثار التصرف الذي لحقت الإجازة، هل من وقت صدور التصرف أم من وقت صدور الإجازة؟

ذهب فقهاء الحنفية إلى أن أثر الإجازة قد يكون **مستندا** وقد يكون **مقتصرا**: [1].

– الأثر المستند للإجازة:

يراد بالأثر المستند للإجازة أن التصرف ينفذ وتترتب عليه جميع آثاره لا من وقت صدور الإجازة، بل من وقت صدور العقد[2]. ويتحقق ذلك في التصرفات التي لا تقبل التعليق بالشرط، كعقود المعاوضات المالية من بيع وإيجار ونحوها، فإنها بالإجازة تنفذ مستندة إلى وقت إنشائها أي بأثر رجعي[3]. وينتج عن ذلك أن المالك في بيع الفضولي يكون مالكا للثمن وبما لحقه من تغيرات منذ إنشاء العقد، لأن الفضولي هو بمثابة الوكيل ويده يد أمانة على المال فإذا هلك المال في يده بدون تعد أو تقصير فلا ضمان عليه[4]. كما يصبح

1 – عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق، ص230؛ أحمد فرج حسين، المرجع السابق، ص270؛ مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص545.

2 – محمد بن إسماعيل الغشم، المرجع السابق، ص406 يقول: « وطبيعة المستند أنه ظاهر من وجه مقتصر من وجه، ولذلك فالإجازة إظهار من وجه وإنشاء من وجه، فمن حيث أنها إظهار لا يشترط لها قيام المحل، ومن حيث أنها إنشاء يشترط وجود المحل. وكون الإجازة كذلك هو الذي جعل الحنفية يشترطون للإجازة قيام كل عناصر التصرف من العاقدين والمحل وقت صدوره ووقت صدور الإجازة ».

3 – Ibrahim EL-EDSSOUKI, Op. Cit., p.14 : « Si le contrat en suspens est confirmé d'une manière correcte il sera exécutoire en produisant tous ses effets, soit à partir du moment de sa conclusion ou à partir de la délivrance de la confirmation ».

ويرى علي الخفيف، المرجع السابق، ص123 ما يأتي: « إن ما صح تعلقه بالشرط إذا ما صدر من فضولي يقتصر على وقت إجازته من صاحب الشأن لأنه معلق في المعنى على حصول الإجازة، فكان حكمه حكم المعلق صريحا من ناحية وقوعه عند تحقق الشرط، وذلك كالطلاق والعتق. وإن ما لا يصح تعليقهـــا إذا ما صدر من فضولي يستند إلى وقت إنشائه إذا ما أجازه صاحب الشأن، كجميع المعاوضات لأنها لا تقبل التعليق فلم يمكن إرجاء أثرها، فوقعت مستندة ».

4 – تنص المادة 846 من التقنين المدني الأردني على ما يلي: « يعتبر المال الذي قبضه الوكيل لحساب موكله في حكم الوديعة فإذا هلك في يده بغير تعد أو تقصير فلا ضمان عليه ».

المشتري بالإجازة مالكا للمبيع وبما لحقه من تغيرات كالثمار[1].

- الأثر المقتصر للإجازة:

يكون الأثر مقتصرا كما في **طلاق الفضولي**، لأن الفضالة بالطلاق لا ترتب أثرها إلا من وقت إجازة صاحب الشأن لا من وقت نشأته، لأن الطلاق لا يكون إلا للزوج أو من يقوم مقامه كالقاضي مثلا.

فالحنفية يرون أنه وإن كانت قاعدة "الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة" أو "الإجازة في الانتهاء كالإذن في الابتداء" تفيد أن التصرفات الموقوفة إذا أجيزت تكون مستندة إلى تاريخ صدورها، فإنهم يقرون أن للإجازة أثرا آخر يثبت من وقت الإجازة وهو الأثر المقتصر. وقد وضعوا ضابطا لذلك هو أن التصرفات التي تقبل التعليق بالشرط كالطلاق والعتاق والحوالة والكفالة إذا كانت موقوفة، فإنها تنفذ بأثر مقتصر أي منذ تاريخ الإجازة، لأن التصرف معلق على شرط وهو حصول الإجازة، فإذا تحقق الشرط ترتب الأثر من تاريخ صدور الإجازة من دون أثر رجعي.

أما التصرف الذي لا يقبل التعليق على الشرط، كالزواج وعقود المعاوضة فإذا نفذت بالإجازة رجع أثرها إلى تاريخ نشوء العقد. كما أن عقد الهبة ينفذ من وقت تسليم الموهوب لأنها لا تتم إلا بالقبض[2].

أما المالكية فجنحوا إلى ما توصل إليه الحنفية، ومع انهم لم يضعوا ضابطا لتحديد الأثر المستند والأثر المقتصر، فإنهم فرقوا بين بيع الفضولي وطلاقه، فطلاق الفضولي ينفذ بالإجازة من تاريخ الإجازة بخلاف البيع التي تترتب عليه آثاره من تاريخ انعقاده (أي بأثر رجعي) لأن المجيز يجيز أمرا كان قبل اليوم[3].

وأما الشافعية، في رأيهم القائل بصحة العقد مع وقفه فيرون أنه يترتب على الإجازة نفاذ التصرف من حينه، وبذلك استبعدوا الأثر الرجعي[4].

---

1 – عبد القادر المومني، المرجع السابق، ص152.

2 – عبد الكريم أحمد على المرتضى، بيع ملك الغير في القانون المدني اليمني، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه في القانون المدني، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 2006، ص215؛ محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص545؛ محمد سلام مدكور، المرجع السابق، ص639 وما بعدها.

3 – الخرشي، شرح الخرشي، ج4، المرجع السابق، ص ص31–32؛ محمد بن إسماعيل الغشم، المرجع السابق، ص407.

4 – يقول النووي في المجموع (ج9، المرجع السابق، ص284،) ما يأتي: « قال إمام الحرمين: والصحة على قول الوقف وهو القديم ناجزة، لكن الملك لا يحصل إلا عند الإجازة ».

وعند الحنابلة قولان: قول يذهب إلى أن آثار العقد تترتب عليه من حين الإجازة، أي بأثر مقتصر، فلا يملك المشتري المبيع إلا من حين الإجازة، وقول آخر يرى أن أثر الإجازة كاشف، فيملك المشتري المبيع من حين العقد فيثبت حكم العقد منذ تاريخ إنشاء العقد أي بأثر رجعي[1].

ويذهب الرأي الراجح **عند الزيدية** إلى أن الإجازة تجعل العقد مرتبا لآثاره منعطفة إلى تاريخ صدوره، إذ أن الإجازة كاشفة عن الملك من يوم انعقاد العقد، وذلك عملا بالقاعدة المقررة عند الحنفية من أن "الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة"[2].

أما الإمامية فلهما: رأي يقول إن الإجازة ناقلة لحق ومنشئة له، فلا ينتج التصرف أثره إلا من وقت صدور الإجازة كأنه وقع حال الإجازة، ولأن رضاء المالك يعتبر شرطا في تحقق الانتقال ولا يحصل الملك قبل الإجازة. ورأي آخر يذهب إلى أن الإجازة كاشفة فتترتب آثار التصرف من حين وقوع التصرف، ذلك أن الإجازة تكشف عن رضا المالك فهو رضاء مقارن للعقد فيجب ترتيب الأثر من حينه[3].

وقد اعتمدت مجلة الأحكام العدلية رأي الحنفة، فقضت في المادة 1453 بأن: « الإجازة اللاحقة هي في حكم الوكالة السابقة، فلو باع أحد مالَ الآخر فضولا، فأجازه يكون كما لو وكله أولا »[4]. وقضت المادة 77 منها بأن: « البيع الموقوف يفيد الحكم عند الإجازة ».

وإذا رجعنا إلى بعض التقنينات المدنية العربية في شأن سريان أثر الإجازة، فإننا نجد ما يأتي:

– تقضي المادة المادة 136ف/2 من التقنين المدني العراقي بأن: « إجازة العقد الموقوف تكون صراحة أو دلالة، وتستند إلى الوقت الذي تم فيه العقد ».

– تنص المادة 530 من التقنين المدني اليمني على أن: « الإجازة هي إقرار العقد الموقوف ممن يملك ذلك... وتنعطف الإجازة على العقد منذ وقوعه ».

---

1 – محمد جبر الألفي، الفضالة، المرجع السابق، ص89.

2 – جاء في الدر المنضود، للعلامة القاضي الحسين بن ناصر بن عبد الحفيظ المهلا، ص53، ما يلي: « إن الإجازة تقرير لنيابة الفضولي حتى يصير كأنه الذي فعله، ولذلك كان الأصح أن الشهادة في النكاح الموقوف تكون عند العقد، وأن مجيز الاشتراء يملكه منعطفا، فيملك فوائدة الحادثة بعد العقد ويستحق أجرته على الغاصب، وتتعلق به أحكامه من وقت العقد » نقلا عن محمد بن إسماعيل الغشم، المرجع السابق، ص408.

3 – عبد الهادي الحكيم، المرجع السابق، ص299.

4 – محمد جبر الألفي، الفضالة، المرجع السابق، ص90.

– تقضي المادة 175ف/1 من التقنين المدني الأردني بأنه: « إذا أجيز التصرف الموقوف نفذ مستندا إلى وقت صدوره واعتبرت الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة »[1].

– وجعلت المادة 100 من التقنين المدني الجزائري للإجازة أثرا كاشفا، إذ نصت على أن: « يزول حق إبطال العقد بالإجازة الصريحة أو الضمنية، وتستند الإجازة إلى التاريخ الذي تم فيه العقد... ». كما تبنت أثرَ الإجازة ذاتَه المادة 398ف/1 من التقنين ذاته التي تقضي بأنه: « إذا أقر المالك البيع سرى مفعوله عليه وصار ناجزا في حق المشتري ».

وتجدر ملاحظة أن المقصود بالأثر الرجعي للإجازة ليس **تصحيحَ العقد الموقوف** الذي هو منعقد صحيحا، وانما المقصود به هو أن الإجازة هي التي تجعل العقد يرتب أثره منذ تاريخ إبرامه، وبدونها يبقى موقوفا غير نافذ.

وينتج عن الأثر الرجعي، أو الأثر المستند، أو الكاشف للإجازة نفاذ العقد منذ لحظة انعقاد. وبناء عليه، فإن زوائد الشيء المبيع وفوائده، في الفترة ما بين إبرام العقد والإجازة، تكون للمشتري، فهو الذي يستحق الولد والثمر والكسب الذي حدث في المبيع، لأن الملك ثبت له من وقت الشراء وبالإجازة يتبين أن كل ذلك حصل على ملكه[2].

إنّ إعمال الأثر الرجعي للإجازة يؤدي إلى نتائج هامة، منها سريان مدة التقادم واستعمال طرق الإثبات:

فبالنسبة إلى سريان مدة التقادم، إن القانون الواجب التطبيق على العقد المجاز هو القانون الذي كان ساريا وقت إبرام العقد وليس القانون الساري وقت صدور الإجازة، وهي

---

1 – تطابق المادة 217 من التقنين المدني الإماراتي والمادتين 180 و181 من التقنين المدني الكويتي والمادتين 88ف/3 و89 من التقنين المدني السوداني. وتنص المادة 1453 من مجلة الأحكام العدلية على أن: « الإجازة اللاحقة في حكم الوكالة السابقة. فلو باع واحد مال الآخر بوجه الفضول ثم أخبر صاحبه فأجازه صار كما لو كان قد وكله قبلا ».

وتنص المادة 928 من التقنين المدني العراقي على أن: « الإذن والأمر يعتبران توكيلا إذا دلت القرينة عليه، والإجازة اللاحقة في حكم الوكالة السابقة ».

وهو موقف المشرع الإيراني نفسه الذي نص في المادة 258 من تقنينه المدني على ما يأتي: « تنتج الإجازة أو الرد آثارهما فيما يخص بثمار الشيء الذي باعه الفضولي أوبزيادة قيمته من يوم انعقاد العقد ».

وقد جاء في قرار محكمة التمييز الأردنية رقم 98/1109 بتاريخ 1998/6/9 المنشور في المجلة القضائية، المجلد 2، العدد 6، السنة 2، حزيران 1998، ص 163 ما يأتي: « حيث أن عقد الإيجار موضوع هذه الدعوى هو عقد صادر من فضولي وهو ليس باطلا وإنما موقوف النفاذ على إجازة من له الإجازة فإذا أجيز نفذ مستندا إلى وقت صدوره ».

2 – محمد جبر الألفي، الفضالة، المرجع السابق، ص90 وما يليها؛ عبد المجيد الحكيم، المرجع السابق، ص315.

النتيجة المنطقية التي يقرها الأثر الكاشف أو الرجعي للإجازة.

أما فيما يتعلق باستعمال طرق الإثبات، فإن قواعد الإثبات التي كانت سارية وقت إبرام العقد هي الواجبة التطبيق على العقد الموقوف، ولكن إعمالا للمبدأ المباشر للقواعد الإجرائية فإنه تراعى القواعد الإجرائية المتعلقة بإجراءات التقاضي والإثبات التي تطبق عليها القواعد القانونية الجديدة[1]. غير أن الإجازة تخضع لقانون الإثبات الذي صدرت في ظله لكونها تصرفا انفراديا، فلو أن عقدا موقوفا أبرم في ظل قانون إثبات تم إلغاؤه واستبداله بقانون إثبات جديد صدرت الإجازة في ظله، فإن إثبات العقد يخضع للقانون الذي تم في ظله في حين تخضع الإجازة للقانون الجديد الذي صدرت فيه[2].

وخلاصة القول، هي أن وظيفة الإجازة في التصرف الموقوف هي نفاذ هذا التصرف وترتيب آثاره التي كان نفاذها متوقفا لحق المجيز، لأن المجيز وهو يجيز التصرف يكون قد أسقط حقه في الفسخ أي الإبطال، فلم يعد هناك ما يمنع من نفاذها. وبذلك يستقر التصرف ولا يعود بعد الإجازة قابلا للفسخ لا من المجيز ولا من غيره.

الفرع الثاني

آثار الإجازة على أطراف العقد الموقوف

يختلف أطراف العقد الموقوف باختلاف سبب الوقف، وبالإجازة ينفذ التصرف ويستقر، طبقا للقاعدة الفقهية التي تقرر أن « الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة أو كالإذن السابق » أو « الإجازة في الانتهاء كالإذن في الابتداء ».

وعليه إذا تصرف الفضولي في ملك الغير بالبيع، فإن أجازه المالك ينفذ وكأنه كان صادرا بناء على إذن المالك وتوكيله ويصبح الفضولي وكيلا تطبق عليه أحكام الوكالة، وإذا كان التصرف تصرف الصبي المميز الدائر بين النفع والضرر وأجازه الولي فيعتبر الصبي مأذونا بأثر رجعي من وقت إبرام التصرف ويصبح تصرفه نافذا. وإذا كان التصرف تصرفا في مال تعلق به حق الغير، كما لو تصرف المؤجر في العين المؤجرة، أو الراهن في المرهون فإنه بإجازة التصرف من المستأجر أو المرتهن يعتبر التصرف كأنه صدر بعد

1 – يقرر الفقه لغير المتعاقدين، وهو بمناسبة إجازة العقد القابل للإبطال، إثبات الإجازة بكافة طرق الإثبات بما فيها القرائن وشهادة الشهود.

2 – تنص المادة 08 من التقنين المدني الجزائري على أن: « تخضع الأدلة المعدة مقدما للنصوص المعمول بها في الوقت الذي أعد فيه الدليل، أو في الوقت الذي كان ينبغي فيه إعداده ».

الإذن وتطبق أحكام إذن المستأجر أو المرتهن.

ونتعرض لأثر الإجازة في العلاقات المرتطبة بالتصرف المجاز على كل من تصرف الفضولي وتصرف ناقص الأهلية.

أولا – أثر الإجازة على أطراف تصرف الفضولي:

إذا تصرف الفضولي في المحل، تنشأ علاقة بينه وبين مالك المحل وعلاقة بينه وبين المتعاقد معه وعلاقة بين المالك والمتعاقد مع الفضولي. فإذا أجاز المالك التصرف فإن الإجازة ترتب آثارا على كل هذه العلاقات، ونوضح ذلك في النقاط التالية:

1 – أثر الإجازة على المجيز:

إذا أجاز المالك تصرف الفضولي أصبح الفضولي وكيلا عنه استنادا إلى القاعدة الفقهية القائلة بأن "الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة". فالفقه الإسلامي يرى أن النيابة قد تكون بإذن سابق، أي باتفاق الأصيل والنائب الذي مصدره إرادة الأصيل، وقد تكون بإذن لاحق، كما في الإجازة التي تلحق العقد الموقوف التي يكون بها الفضولي نائبا عن المالك.

ولما كانت الإجازة تصرف إسقاطيا، كما رأينا، فإنه يترتب على صدورها من صاحب الشأن فيها إسقاط حقه في إبطال العقد الموقوف فينفذ التصرف ويستقر، ولا يجوز له بعده إبطاله لأن الإجازة قد أخرجت هذا الحق من ذمته نهائيا[1].

إنّ العلاقة التي تحكم بين الفضولي والمالك هي علاقة موكل بموكله وتحكمها أحكام الوكالة. فلو كان التصرف الذي أجراه الفضولي بيعا وأجازه المالك، فإنه تترتب عليه أحكام التوكيل بالبيع، حتى لو حط الفضولي من الثمن قبل الإجازة ثم أجازه المالك فيثبت البيع والحط، سواء علم المالك بالحط أو لم يعلم[2].

وعندما يصبح الفضولي بإجازة المالك وكيلا، فإن تساؤلا يُطرح، وهو: **هل تلزمه حقوق العقد الذي أبرمه؟**

قبل الإجابة عن هذا التساؤل، ينبغي أن نميز بين حكم العقد وحقوقه.

---

1 – جاء في الشرح الكبير (ج 3، المرجع السابق، ص12) ما يأتي: « ووقف ملك غيره على رضا مالكه... وطالب الفضولي بالثمن لأنه بإجازة بيعه صار وكيلا »؛ عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق، ص232.

2 – يقول ابن قاضي في جامع الفصولين (ج 1، المرجع السابق، ص231) أن: « المالك إذا أجاز بيع الفضولي يترتب عليه أحكام التوكيل بالبيع حتى لو حط من الثمن ثم المالك أجاز البيع يثبت البيع والحط سواء علم المالك بالحط أو لم يعلم، إلا أنه إذا علم بالحط بعد الإجازة يثبت له الخيار... ».

أثر حكم العقد: هو الأثر المترتب عليه شرعا وغرض المتعاقدين من إنشائه، فلو كان التصرف بيعا فيكون غرض البائع منه ملكية الثمن وغرض المشتري منه ملكية الشيء المبيع[1].

أثر حقوق العقد: هو ما يترتب عليه من حقوق والتزامات على طرفيه وما يصطلح عليه في لغة القانون المدني بآثار العقد. ففي عقد البيع إذا كان حكمه انتقال ملكية الثمن إلى البائع وملكية المبيع إلى المشتري، فإن حقوقه تتمثل في إلزام البائع بتسليم المبيع إلى المشتري وحق البائع بمطالبة المشتري بالثمن وحق المشتري في الرجوع على البائع في رد المبيع إذا ظهر فيه عيب قديم[2].

فإذا كان الفقهاء متفقين على أن **حكم** العقد ينصرف أثره إلى المجيز، لأن الوكيل يعقد لغيره بطريق النيابة فيقع الملك الحاصل بعقده للموكل على سبيل الخلافة عنه[3]، فإن الأمر يختلف بالنسبة إلى حقوق العقد في عقد الفضولي، فهل تنصرف إلى الفضولي الذي أصبح وكيلا بالإجازة أو ترجع إلى المالك المجيز الذي أصبح موكلا بها؟

نستعرض آراء المذاهب الفقهية في هذا الغرض:

يرى **الحنفية** أن الحقوق في العقود التي **لا يشترط فيها الإضافة إلى الموكل** ترجع إلى الوكيل إن أضافها لنفسه دون الموكل[4]، فالمشترى تعامل مع الوكيل لا مع المالك، وعلى ذلك يكون الوكيل هو المطالَب بتسليم المبيع وقبض الثمن، وهو المخاطَب بالعيب والمطالَب بالاستحقاق هذا إذا كان التصرف بيعا[5]. وعليه، فإن هذا الفضولي هو الذي ترجع إليه حقوق التصرف المجاز لأنه أصبح وكيلا بالإجازة[6]. **أما إذا أضاف الوكيل العقد إلى موكله**، فإن حقوق العقد ترجع إلى الموكل[7].

---

1 – محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 347؛ علي الخفيف، المرجع السابق، ص118.

2 – عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق، ج 4، المرجع السابق، ص222.

– CHEHATA Chafik, Op. Cit. , p. 55.

3 – الكمال بن الهمام، فتح القدير، ج 8، المرجع السابق، ص17.

4 – في رد المختارلابن عابدين، ج 6، المرجع السابق، ص60 جاء أن: « كل عقد يضيفه الوكيل إلى نفسه أي يصح إضافته إلى نفسه، يستغني عن إضافته إلى الموكل كالبيع والإجارة فحقوقه تتعلق بالوكيل دون الموكل ».

5 – علي الخفيف، المرجع السابق، ص117.

6 – يقول الكاساني في بدائع الصنائع (المرجع السابق، ج 6، ص50) ما يأتي: « إن الوكيل هو العاقد حقيقة، لأن العقد يقوم بكلامه وعباراته وكذا هو العاقد حكما، لأنه يستغني عن إضافة العقد إلى الموكل وأن العاقد الآخر لم يعرف سواه ».

7 – عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق، ج4، المرجع السابق، ص186.

ويتفق مع هذا الرأي **المالكية** الذين يرون أن الوكيل هو الذي تتعلق به حقوق العقد إذا أضاف العقد إلى نفسه[1].

أما الشافعية، والشيعة الإمامية[2]، فيخالفونهم في أن حقوق العقد كأحكامه ترجع إلى المالك (أي الموكل) وليس إلى الفضولي (أي الوكيل)، فلا يمكن للمالك أن يطالب الفضولي بأي حق أو أن يرتب عليه أي التزام[3]، لأن الفضولي ما هو إلا سفير ومعبر محض عن المالك، فإن أجاز المالك تصرفه أصبح الفضولي أجنبيا عن العقد، والتزم المالك فقط بما يترتب على الإجازة من حقوق والتزامات تجاه المتعاقد مع الفضولي.

وقد أقرت المادة 115ف/2 من التقنين المدني العراقي هذا الرأي، إذ قضت بما يأتي: « فإذا أجاز المالك تعتبر الإجازة توكيلا ويطالب الفضولي بالبدل إن كان قد قبضه من العاقد الآخر... »[4].

2- أثر الإجازة على المتعاقد مع الفضولي:

يحكم هذه العلاقةَ ما أشرنا إليه سابقا، أي ما إذا كانت حقوق العقد ترجع إلى الفضولي أو إلى المجيز.

فإذا كانت الحقوق ترجع إلى المجيز، تنشأ علاقة بين المجيز والمتعاقد مع الفضولي، بحيث ينتهي دور الفضولي بالإجازة، أما إذا كانت حقوق العقد ترجع إلى الفضولي، فإنه تنشأ علاقة مباشرة بين الفضولي والمتعاقد معه، فيلتزم كل منهما نحو الآخر ويطالبه بهذه الحقوق. فإذا كان تصرف الفضولي بيعا، مثلا، فله مطالبة المشتري المتعاقد معه بتسلم المبيع وبتسليم الثمن ويكون للمشتري مطالبة الفضولي بتسليم المبيع والرجوع عليه بالضمان.

ولما كان المشتري يعتبر مالكا للمبيع من وقت إنشاء عقد البيع الصادر من الفضولي لا من وقت صدور الإجازة من المالك، فإن كل ما يحدث في محل التصرف الموقوف من زيادة،

---

1 – جاء في الشرح الكبير وحاشية الدسوقي (ج3، المرجع السابق، ص381) ما يلي: « إذا أجاز المالك بيع الفضولي، فإنما يطالب بالثمن الفضولي البائع ولا يطالب به المشتري لأنه بإجازته بيعه صار وكيلا له ».

2 – عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق، ج5، المرجع السابق، ص220؛ محمد جبر الألفي، الفضالة، المرجع السابق، ص92.

3 – يقول السنهوري في توضيح الرأي (مصادر الحق، ج 5، ص244) ما يأتي: « إن حقوق العقد التي تتصل بتكوينه كخيار المجلس وخيار الرؤية والتقابض في المجلس، دون حقوق العقد التي تتصل بآثاره كالمطالبة بالثمن وتسليم المبيع والرجوع بضمان العيب وضمان الاستحقاق فإن هذه الحقوق تتعلق بالموكل لا الوكيل ».

4 – محمد سعيد جعفور، إجازة العقد، المرجع السابق، ص216؛ عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق، ص233.

كالكسب والنماء ولو حصل ذلك قبل الإجازة، يملكه المشتري أي من ثبت له الملك بالإجازة[1].

لكن قد يُطرح السؤال الآتي: **هل يمكن للمشتري أن يرجع على المالك مباشرةً للمطالبة بتسليم المبيع أو المطالبة بالضمان؟**

يختلف موقف الفقهاء بصدد الإجابة عن السؤال المطروح: **فالحنفية** يذهبون إلى القول برجوع المشتري على الفضولي أولا ثم بعد ذلك على المالك، وهو الأصل العام، الذي وافقهم فيه **المالكية**، مع وجود بعض الاستثناءات على الأصل العام، حيث يجوز للمشتري الرجوع على المالك مباشرة إذا كان المشتري يعلم بالفضالة أو كان هناك اتفاق مسبق أو عرف يقضي بذلك. أما **الشافعية والحنابلة والشيعة الإمامية**، فإنهم، تأسيسا على أن حقوق العقد وآثاره تنصرف إلى المالك، يجيزون للمشتري الرجوع مباشرة على المالك[2].

3- أثر الإجازة على الفضولي:

تطبيقا للقاعدة الشهيرة « إن الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة » و« الإجازة في الانتهاء بمثابة الإذن في الابتداء »، فإنه إذا صدرت الإجازة من صاحب الحق أصبح الفضولي بمثابة الوكيل في العقد المجاز منذ إبرام العقد وكأن المجيز وكله قبل انعقاد العقد، فيحكم العلاقةَ بين المجيز والفضولي والمتعاقد معه أحكام الوكالة، باعتبار أن المجيز هو الموكل والفضولي هو الوكيل والمتعاقد مع الفضولي هو المتعاقد مع الوكيل.

فإذا كان تصرف الفضولي بالبيع، مثلا، تطبق عليه أحكام الوكالة في البيع، فيظهر حكمه في محله مستندا إلى وقت حدوثه، فيطالَب بتسليم العين المبيعة ويخاصَم بالعيب. وينتج عن ذلك أنه إذا هلك الثمن في يد الفضولي فإن الوكيل لا يضمنه باعتبار أن الثمن أمانة في يده إذا هلك بدون تعد ولا إفراط منه[3].

---

1 – يقول ابن نجيم في البحر الرائق (ج6، المرجع السابق، ص152) ما يلي: « فإذا زال المانع من ثبوت حكم الإجازة ظهر أثره من وقت وجوده، ولذا ملك الزوائد »؛ كما جاء في الفتاوى الهندية، ج3، المرجع السابق، ص112: « وكل ما حدث في البيع الموقوف من كسب وولد وأرش قبل الإجازة فللمشتري »؛ عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق، ص232.

2 – المرتضي، كتاب البحر الزخارالجامع لمذاهب علماء الامصار، للامام بن يحي بن مرتضي، دار الحكمة اليمانية، صنعاء، اليمن، ج 6، ص58 ما يلي: « ولا يتعلق حق بوكيل لانقطاع تصرفه بالإجازة »؛ محمد جبر الألفي، الفضالة، المرجع السابق، ص 94 وما يليها.

3 – جاء في فتح القدير (لابن الهمام، ج 5، ص 312) ما يلي: « إذا أجاز المالك صار البيع ملكا للمشتري والثمن مملوكا أمانة في يد الفضولي فلو هلك لا يضمنه الوكيل فإن الإجازة اللاحقة بمنزلة الوكالة السابقة فيصبح التصرف نافذا »؛ عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق، ص233؛ محمد زكي عبد البر، المرجع السابق، ص40.

لكن ما حكم الفضولي في التزامه بالمضي في العمل الذي بدأ فيه؟

يختلف الأمر بحسب ما إذا كان الفضولي متبرعا أو كان يتقاضى أجرا من المالك:

– فإذا كان **متبرعا** لا يستحق أجرا من المالك عن عمله ومجهوده، فلا يكون ملزما بالاستمرار في العمل الذي بدأه ولا يستطيع المجيز إلزامه بالمضي فيه. غير أنه بالإجازة ينقلب وكيلا ويكون له أن يطالب بما أنفقه لحساب الموكل في سبيل تنفيذ وكالته، كما لو رجع عليه المشتري بضمان الاستحقاق أو ضمان العيب، أما باقي الالتزامات فترجع على المالك، فيجب عليه تقديم حساب لموكله[1].

– أما إذا كان الفضولي **يتلقى أجرا** من المالك، فإن الفضولي يلتزم بالقيام بالعمل الموكل به، وليس له التخلي عنه إلا إذا كان هناك سبب لفسخ الإجارة فينفسخ به.

وإذا أراد التخلي عن العمل، فعليه أن يقوم بإشعار الموكل وإحالة جميع الحقوق إلى الموكل حتى يتمكن من القيام بها بنفسه[2].

وقد اعتمدت التقنينات المدنية العربية القاعدة الفقهية "الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة"، واعتبرت الفضولي، بعد إجازة تصرفه من المالك، وكيلا عن المجيز منذ صدور التصرف. فتبنى هذا الحكم كل من التقنين المدني العراقي (المادة 135) والتقنين المدني الأردني (المادة 175) وقانون المعاملات المدنية الإماراتي (المادة 217) ومجلة الالتزامات والعقود التونسية (الفصل 41).

---

1 – محمد جبر الألفي، الفضالة، المرجع السابق، ص92.

2 – علي الخفيف، المرجع السابق، ص285؛ المادة 1504 من مجلة الأحكام العدلية التي تنص على أنه « إذا كان الوكيل بغير أجر فلا يكون مجبورا على استيفاء ثمن المال الذي باعه ولا تحصيله، ولكن يلزم إن يوكل موكله بقبض وتحصيل الثمن إذا لم يحصله برضائه، وأما الوكيل بالبيع بأجرة كالدلال والسمسار فهو مجبور على تحصيل الثمن واستيفائه ».

والأصل في الوكيل أن يكون **متبرعا** طبقا للمادة 581 من تقنيننا المدني (التي تقابل كلا من المادة 709 من التقنين المصري و940 من نظيره العراقي و857 من نظيره الأردني) التي تنص على ما يأتي:

« الوكالة **تبرعية** ما لم يتفق على غير ذلك صراحة أو يستخلص ضمنيا من حالة الوكيل.

فإذا اتفق على أجر للوكالة كان هذا الأجر خاضعا لتقدير القاضي إلا إذا دفع طوعا بعد تنفيذ الوكالة ».

أما التقنين المدني اليمني فنص في المادة 928 على أن **الفضولي يعمل بأجر**، وعلى أن الموكل يلتزم بأن يدفع للوكيل كل ما أنفقه في تنفيذ الوكالة، سواء نجح فيها أو لم ينجح طبقا لأحكام المادة 934.

أما التقنين المدني الجزائري فنص في المادة 152، المقابلة للمادة 190 من التقنين المدني المصري، على أن: « تسري قواعد الوكالة إذا **أجاز** رب العمل ما قام به الفضولي ». وبذلك يصير الفضولي وكيلا عن رب العمل.

وبذلك نخلص إلى أن الإجازة تجعل العقد الموقوف نافذا منذ لحظة إنشائه وكأنه لم يتوقف أبدا، فيصبح الفضولي وكيلا كأنه قد وكل بإبرام العقد منذ إبرامه.

ثانيا – أثر الإجازة بالنسبة إلى الصبي المميز:

إنّ الحق في إجازة التصرف الدائر بين النفع والضرر يثبت للولي قبل بلوغ الصبي سن الرشد، فيكون له وحده الخيار في أن يجيز العقد الذي أبرمه القاصر في فترة قصره فينفذ أو أن يرده فيبطل. وإذا رد الولي التصرف، فلا يجوز للصبي، بعد بلوغ سن الرشد، إجازته لأن العقد يكون قد أُبطل والإجازة لا ترد على العقد الباطل[1].

وتأسيسا على أن الإجازة تصرف إسقاطي، فيسقط حق كل من الممثل القانوني للصبي، سواء كان وليا أو وصيا، وكذا حق الصبي نفسه بعد بلوغ رشده في طلب إبطال التصرف المجاز مستقبلا.

فالمقصود بأثر الإجازة بالنسبة إلى القاصر بعد بلوغه سن الرشد هو إخراج خيار الإجازة أو الإبطال من ذمته نهائيا ومن ذمة ممثله إذا صدرت منه الإجازة والصبي لم يبلغ سن الرشد بعدُ[2].

وقد رأينا، في موضع سابق، أن حق الإجازة يكون للولي أو الوصي وللقاصر بعد بلوغه سن الرشد، وهو الرأي الذي اعتنقته التقنينات المدنية العربية المستمدة من الفقه الإسلامي، كالتقنين المدني الأردني الذي ينص في المادة 172 على ما يأتي: « تكون إجازة العقد للمالك أو لمن تعلق له حق في المعقود عليه، **وللولي أو الوصي وناقص الأهلية بعد اكتمال أهليته...** »[3].

ويلاحظ أن المشرع الجزائري، الذي اعتنق فكرة وقف تصرفات الصبي المميز الدائرة

---

1 – يقول أستاذنا الدكتور محمد سعيد جعفور (إجازة العقد، المرجع السابق، ص218): « ... وفي هذه الحالة، لن يكون لناقص الأهلية نفسه، وقد أصبح راشدا، أن يطلب فسخ العقد الذي سبق لوليه أن أجازه، لأنه بإجازة الولي يسقط حق كل منهما في الفسخ مستقبلا ».

2 – محمد سعيد جعفور وفاطمة إسعد، المرجع السابق، ص157.

3 – تنص المادة 88 من تقنين المعاملات المدنية السوداني على أنه « إذا كان العقد موقوفا لنقص في الأهلية كانت إجازته للقاصر بعد بلوغه سن الرشد أو لِوَلِيّه... »؛ تقابل 180 من التقنين المدني الكويتي.

بين النفع والضرر في المادة 83 من تقنين الأسرة، **لم يذكر، من جهة**، أن حق الإجازة ينتقل إلى الصبي المميز بعد بلوغه سن الرشد، ولكن لسد هذا النقص نرى مع أستاذنا محمد سعيد جعفور وجوب الرجوع إلى أحكام العقد الموقوف في الفقه الإسلامي عملا بحكم المادة الأولى من التقنين المدني والمادة 222 من تقنين الأسرة، **ولم يفصل، من جهة أخرى**، في حالة صدور الإجازة أو الرد من الولي أو الوصي، وسقوط حق الصبي بعد بلوغ سن الرشد في الإجازة أو الرد[1].

وإذا أجاز الممثل الشرعي تصرف القاصر المميز، سرى العقد في حق المتعاقد مع القاصر. أما في حالة عدم إجازة التصرف أو رده، فلن يكون في وسع المتعاقد مع القاصر إلا الانتظار إلى غاية بلوغ القاصر سن الرشد لعله يجيز التصرف بدلا من طلب إبطاله.

ونرى أن المشرع الجزائري ترك مدة الوقف مفتوحة بعد بلوغ القاصر سن الرشد، مع أنه كان يحسن به لو حدد المدة حتى لا يبقى التصرف موقوفا إلى وقت غير محدد.

الفرع الثالث

أثر الإجازة بالنسبة إلى الغير

يقصد بالغير الشخص الأجنبي عن التصرف الموقوف الذي اكتسب من الطرف المجيز حقوقا على محل العقد في الفترة ما بين إبرام العقد الموقوف وورود الإجازة عليه، فحقوقه تتأثر بإجازة التصرف من نفاذه بأثر رجعي[2]. فلو تصورنا أن فضوليا باع شيئا لآخر، ثم في فترة توقف التصرف قام مالك الشيء المبيع ببيع الشيء إلى مشتري ثاني، وفي فترة لاحقة أجاز المالك تصرف الفضولي، فحكم الإجازة أن ينفذ التصرف بأثر رجعي أي يعود إلى تاريخ إبرام العقد، الذي يعنى أن المشتري الأول (من الفضولي) يعتبر مالكا للشيء من تاريخ إنشاء العقد، فيعتبر البيع الثاني (من المالك) تصرفا صادر من غير مالك.

ويختلف الأمر فيما إذا كنا بصدد تصرف مزيل للملك أو تصرف غير مزيل للملك.

أولا – تصرف الفضولي مزيل للملك:

قد يعتبر التصرف الذي قام به المالك في المثال السابق رفضا لإجازة تصرف

---

1 – جعفور محمد سعيد، إسعد فاطمة، المرجع السابق، ص ص158–159.

2 – محمد بن إسماعيل الغشم، المرجع السابق، ص428، حيث جاء: « والتصرف الذي يرتب حقوقا للغير هو التصرف النافذ وهو الذي يعتد به، أما إذا كان التصرف إلى الغير موقوفا فإنه إذا أجاز المالك أحد التصرفات الموقوفة جاز بذاته وبطل ما عداه ».

الفضولي، وعليه تخلص الملكية للمشتري من المالك. ولكن إذا كان المالك على غير علم بتصرف الفضولي بالبيع، فلا يقال إنه رفض تصرف الفضولي لأن رفض إجازة التصرف هو تصرف قانوني يجب إبراز قصده. ففي هذه الصورة نرى أن خروج الشيء من ملكه يبطل التصرف الموقوف، لأن طروء ملك بات على ملك موقوف يبطل الموقوف ولا يبقى محل للإجازة، ويستقر الملك للمشتري من المالك وهو ما استقر عليه الفقه الحنفي والفقه الزيدي[1].

ونرى أن تصرف الفضولي لا يُخرج الشيء المبيع من ملك صاحبه، وعليه يكون تصرف المالك في الشيء المبيع، قبل إجازة تصرف الفضولي، تصرفا صحيحا صادرا من أهله (المالك) في المحل المملوك له فيرتب أثره وينقل المبيع إلى المشتري. كما نرى أن إجازته بعد البيع ليس لها أثر، لأنه أصبح غير مالك استنادا إلى كون الإجازة تحدث أثرها إذا كانت صادرة من مالكها وليس الغير.

ثانيا – تصرف الفضولي غير مزيل للملك:

يكون تصرف الفضولي غير مزيل للملك إذا تصرف المالك، قبل إجازة تصرف الفضولي في المثال السابق، بالرهن أو الإيجار دون أن يقصد رفض إجازة تصرف الفضولي، فحينئذ يطرح السؤال الآتي: **هل يعتبر تصرف المالك (الغير) مبطلا لتصرف الفضولي ولا معنى للإجازة بعده أم أنه لا تأثير لتصرفه على صدور الإجازة؟**

اختلفت الآراء في تأثير الإجازة على هذا التصرف[2]:

– يذهب رأي إلى وجود تعارض بين الإجازة وبين التصرف، فإذا لم تكن الإجازة ناقلة للملك وإنما كاشفة عن الملك من وقت إبرام العقد فهي تستلزم اعتبار التصرف اللاحق صادرا من غير مالك، وبما أن التصرف اللاحق لتصرف الفضولي كان صادرا من المالك ووقع قبل الإجازة فإنه يكون تصرفا صحيحا ولا معنى للإجازة عليه.

– ويذهب رأي آخر إلى وجود تعارض بين الإجازة والتصرف ولكنه يفسر نفاذ التصرف اللاحق وبطلان الإجازة بكون الإجازة ناقلة وليست كاشفة عن الملك من حين إبرام العقد، أما القول بأنها كاشفة فلكون التصرف اللاحق ينكشف بالإجاز،ة فيكون صادرا من

1 – السرخسي، المبسوط، ج 11، المرجع السابق، ص65؛ محمد بن إسماعيل الغشم، المرجع السابق، ص429، حيث يقول: « حيث يطرأ ملك بات على ملك موقوف فيبطل الموقوف، وبالتالي لا يبقى محل للإجازة بعد ما بطل، فتعتبر الإجازة لغوا ويستقر الملك للمشتري من المالك ».

2 – محمد بن إسماعيل الغشم، المرجع السابق، ص430.

غير مالك وتكون الإجازة عليه صحيحة تحدث كافة آثارها[1].

– ويذهب رأي ثالث إلى القول بعدم وجود تعارض بين الإجازة والتصرف ويقرر صحة التصرف المجاز والتصرف اللاحق له، فعلى القول بأن الإجازة ناقلة للملك تنتقل العين محرومة المنفعة، فيكون للمشتري، إذا لم يكن على علم بالإيجار، خيار الفسخ، أما القول بأن الإجازة كاشفة عن الملك فلكون الإيجار صادرا من غير مالك، فعندئذ يكون على المالك أن يعوض المشتري، بأن يدفع له أجرة المثل في مقابل المنفعة التي حرم منها في مدة الإيجار[2].

ونؤيد، في هذا الشأن، رأي الدكتور محمد بن إسماعيل الغشم من حيث أن تصرف المالك اللاحق لتصرف الفضولي هو تصرف صادر من المالك وهو تصرف نافذ، فإذا كان هذا التصرف ليس مزيلا للملك كأن يكون تصرفا بالإيجار أو الرهن ثم قام المالك بإجازة تصرف الفضولي، فإن الأثر المستند للإجازة يقضي بأن التصرف ينفذ من تاريخ صدوره، ومعنى ذلك أن تصرف المالك اللاحق يصبح تصرفا صادرا من غير مالك فيتوقف إذن على إجازة المشتري فإن أراد أجازه فينفذ في حقه وإن شاء رده فينفسخ ويزول. لذلك نقول بأنه لا ينبغي أن يضر الأثر المستند للإجازة بحقوق الغير التي اكتسبها في الفترة ما بين التصرف والإجازة، حيث يكون المشتري تلقى الحق من مالك مسلوب المنفعة أو محمل بحق الرهن، فيكون للمشتري الفسخ لظهور البيع مستأجرا أو مرهونا.

ثالثا – في حالة تصرف الصبي المميز:

لو تصورنا أن قاصرا مميزا باع شيئا، وبعد بلوغه سن الرشد باع الشيء ذاته إلى شخص آخر، ثم أجاز العقد الأول، فنقول بأن البيع الثاني يعتبر رفضا لإجازة التصرف السابق حيث يزيله ولا يبقى للإجازة معنى. لكن يختلف الأمر فيما لو قام ولي القاصر ببيع المحل ذاته دون أن ينتبه إلى تصرف القاصر ثم بعد علمه بتصرف القاصر قام بإجازته فما هو أثر الإجازة؟

نرى أنه ليس للإجازة أي تأثير، لأن الشيء خرج من ملك ناقص الأهلية، الأمر الذي يبطل التصرف الموقوف لطروء الملك البات عليه، إضافة إلى اعتبار الإجازة بعدها صادرة من شخص أجنبي على محل العقد، وبالتالي لا تحدث أي أثر. أما لو تصرف الولي في العين بالرهن أو الإيجار ثم علم بتصرف ناقص الأهلية بالبيع وأجازه وأحدثت الإجازة أثرها، فإنه ينبغي أن لا يضر هذا الأثر بحقوق الغير التي اكتسبها في الفترة ما بين إبرام التصرف

1 – عبد الهادي الحكيم، المرجع السابق، ص336.

2 – محمد بن إسماعيل الغشم، المرجع السابق، ص431.

والإجازة[1]، فيكون للمشتري الخيار، لظهور المبيع مرهونا أو مستأجرا.

ونخلص، في ختام دراستنا لأثر الإجازة بالنسبة إلى الغير، إلى أن فكرة وقف التصرفات لا تسمح بأن تؤثر الإجازة على حقوق الغير في أغلب الأحيان، لأن التصرف الموقوف لم يترتب عليه أثر، وبالتالي فإن زواله لا يؤثر على حقوق مكتسبة، وكما في حالة رفض التصرف حيث يزول التصرف ولا يبقى للإجازة مجال بعد ذلك، وهو منطق يؤدي إلى ضمان استقرار المعاملات. أما في حال إبرام تصرف لاحق رتب حقوقا للغير بطريقة صحيحة، فإن هذا التصرف هو الذي ينبغي أن يحصن وتحمى الحقوق التي رتبها، وبالتالي لا يسمح بإجازة التصرف الموقوف، وحينها يبطل التصرف الموقوف بطروء الملك البات على الموقوف، والقول بخروج الشيء عن ملك من يملك الإجازة يبطل الموقوف.

وطالما أن العقد الموقوف لم ينتج أثرا قبل حصول الإجازة فلا يتصور أن الإجازة تضر بحقوق المتعاقدين ولا بحقوق الغير، إذ لم يترتب أي حق لأي طرف. وبالتالي لا يكون في ذلك زعزعة في استقرار المعاملات. وقد أحسن كل من التقنين المدني العراقي ونظيره الأردني صنعا في عدم النص على عدم إخلال الإجازة بحقوق الغير، إذ لم يثبت حق للغير قبل إجازته.

ويرى الدكتور عبد الرزاق حسن فرج أن المشرع العراقي ونظيره الأردني ضيعا حقوق الغير، إذ بإجازة العقد الموقوف يترتب زوال الحقوق التي ترتبت للغير على المحل المعقود عليه في الفترة ما بين قيام العقد وصدور الإجازة. ويضرب مثالا لذلك: إذا باع القاصر العين (ثانية) بعد بلوغه سن الرشد أو رهنها، ثم أجاز بعد ذلك البيع الموقوف الذي أبرمه حال قصره، فإن الملكية تستقر للمشتري الأول خالصة من الرهن وتضيع حقوق المرتهن أو المشتري الثاني الذي تقررت في الفترة ما بين صدور العقد الأول وحصول الإجازة[2].

غير أنّ أستاذنا الدكتور محمد سعيد جعفور أحسن في استبعاده هذا الرأي لاعتبارين[3]:

أولهما: إن البيع الأول الصادر عن ناقص الأهلية موقوف على إجازته أو إجازة وليه، والمشتري منه لم يمتلك المبيع بعد.

---

1 – يقول عبد المنعم الصدة في بحثه :العقد بين الصحة والبطلان في الشريعة الاسلامية والقانون، المرجع السابق، ص 239 ما يأتي: « ... أن عدم نص القانون العراقي على استناد أثر الإجازة يجب ألا يضر بحقوق الغير يجعل من الممكن أن تضر الإجازة بهذه الحقوق ».

2 – عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق، ص236.

3 – محمد سعيد جعفور، إجازة العقد، المرجع السابق، ص224.

ثانيهما: إن البيع الثاني أو الرهن الصادر من البائع بعد بلوغه سن الرشد يحمل معنى فسخ أو رد البيع الأول وعدم إجازته، وبذلك يبطل هذا البيع بهذا الفسخ. وبهذه الإرادة الضمنية يكون البائع قد رد التصرف الأول. وقد قال الكاساني في هذا الشأن: « ... وأما الفسخ عن طريق الدلالة فهو تصرف من له الخيار تصرف المالك في المبيع... لأن الخيار إذا كان للبائع فتصرفه في المبيع على ذلك تصرف الملاك دليل على استبقاء ملكه فيه، ولا يكون ذلك إلا بالفسخ، فالإقدام يكون فسخا للعقد دلالة »[1].

وينتج عن هذا التفسير نتيجتان:

– **الأولى:** لا يجوز للبائع بعد البيع الثاني أو الرهن الصادر منه بعد بلوغه سن الرشد إجازة البيع الأول، لأنه لا يمكن الرجوع من الرفض إلى الإجازة وأن الإجازة لا ترد على تصرف باطل.

– **الثانية:** ويراها الأستاذ محمد سعيد جعفور تابعة للأولى وهي أن العين المبيعة تخلص ملكيتها للمشتري الثاني، أما المشتري الأول بعقد موقوف **فلا يُكترث به اذ يسقط حقه الموقوف بالرفض الضمني للإجازة.**

ويبدو لنا أن الأستاذ عبد الرزاق حسن فرج قد تناقض في قوله لما انتقد المشرع العراقي ونظيره الأردني في عدم النص على عدم الإخلال بحقوق الغير[2]، وهو الذي كان يعتنق القاعدة الفقهية التي تقضي بأنه « إذا طرأ الملك البات على الملك الموقوف أبطله ».

أما التقنين المدني الجزائري، الذي يعتنق نظرية القابلية للإبطال في العقود، فقد نص في المادة 100على ما يأتي: « ... وتستند الإجازة إلى التاريخ الذي تم فيه العقد، دون إخلال بحقوق الغير ». ولذلك لو باع القاصر عينا من ماله وبعد بلوغه سن الرشد وقبل إجازته للعقد السابق رهن العين، فإن إجازة البيع بعد ذلك لا تضر بالدائن المرتهن أي يبقى الرهن قائما رغم الإجازة.

ويفسر ذلك بأن العقد القابل للإبطال يختلف عن العقد الموقوف لكونه قائما ونافذا ومنتجا لآثاره قبل ورود الإجازة عليه، غير أنه مهدد في أي وقت من صاحب الإجازة، وبذلك سيؤدي إبطاله إلى إهدار جميع الحقوق المترتبة عليه في فترة قابليته للإبطال، وبأن يعاد الحال إلى ما كانت عليه بين المتعاقدين قبل التعاقد مع ما يليه من صعوبات، وهو ما يؤدي إلى عدم استقرار التعاملات ومنه زعزعة النظام في العقود.

---

1 – الكاساني، بدائع الصنائع، ج5، المرجع السابق، ص272.

2 – عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق، ص 188.

المبحث الثالث

رفض إجازة العقد الموقوف

خلصنا في موضوع أحكام العقد الموقوف بعد تحقق الإجازة أن العقد، بعد إجازته من صاحب الإجازة، ينفذ وبالتالي تنطلق آثاره المحجوزة لتحقيق أهدافها، مستندا إلى وقت نشوء التصرف أو مقتصرا على حال صدور الإجازة، وإن رفضه بطل.

غير أن صاحب الحق في إجازة العقد الموقوف، بدلا من إعمال حقه في الإجازة، قد يرفض الإجازة، فما هو أثر رفض الإجازة على العقد الموقوف؟

للإجابة عن هذا السؤال، يتعين علينا أن نتناول بالدراسة ثلاث مسائل وهي:

الأولى: المقصود برفض الإجازة (المطلب الأول)،

الثانية: الطبيعة القانونية له (المطلب الثاني)،

الثالثة: الآثار المترتبة على رفض الإجازة (المطلب الثالث).

المطلب الأول

المقصود برفض الإجازة

نتناول، في هذا المطلب، **أولا** معنى رفض الإجازة في (الفرع الأول)، وثانيا الشروط الواجب توافرها في من له حق الرفض في (الفرع الثاني).

الفرع الأول

رفض إجازة التصرف

نقف بادئ ذي بدء على التعريف برفض الإجازة في الاصطلاح الشرعي ثم في الاصطلاح القانوني.

أولا – التعريف برفض الإجازة في الاصطلاح الشرعي:

الرفض في **اللغة** يعني الترك[1]. ففي **الاصطلاح الشرعي** فيُقصد برفض الإجازة **رد التصرف الموقوف** من قبل من له الحق في الإجازة، مما يمنعه من إنتاج آثاره، أي زوال

1 – جاء في المصباح المنير باب الراء، ص122 ما يلي: « رفضه (رفضا) من باب ضرب وفي اللغة من باب قتل تركه ».

التصرف الموقوف واعتباره كأن لم يكن[1].

وهذا الحكم إن كان يطبق على كافة أنواع التصرف الموقوف، فإنه، بالنسبة إلى بيع المرهون والمستأجر، إذا رفضت إجازته لا يزول أو يبطل، لأنه يمكن نفاذه بانفكاك الرهن أو بانتهاء مدة الإيجار، وبذلك فإن أثر الرفض بهذا الصدد لا يعني إلا أن يظل التصرف موقوفا كما هو؛ بل إنه رغم سبق الرفض يمكن الإجازة فينفذ التصرف ويستقر[2].

ثانيا – التعريف برفض الإجازة في الاصطلاح القانوني:

فيعرف بعض الفقهاء الرفضَ بأنه تصرف قانوني انفرادي يصدره الرافض وحده معلنا به عن إرادته في عدم قبول التصرف الذي باشره الفضولي في ماله الخاص[3].

ويقول الدكتور عيسى محمد عبد القادر المومني، في المعنى نفسه، إنه « يمكن تعريف رفض الإجازة بأنه تصرف قانوني انفرادي يعلن فيه من له الحق في مباشرته عن إرادته في عدم رضاه عن التصرف الذي صدر موقوفا بحقه واعتباره كأن لم يكن »[4]، ومنه يعتبر الرفض تصرفا من جانب واحد فلا يصح الرجوع فيه ولا يحتاج لقبول الطرف الآخر أو علمه، ويصبح ملزما له منذ صدوره إذا كان مستوفيا لشرائطه القانونية.

إذن، يكون لمن له الحق في إجازة التصرف الموقوف الحق في رفضه، وهو الشخص الذي صدر العقد موقوفا بحقه: فهو في بيع ملك الغير المالك الحقيقي وفي تصرف ناقص الأهلية الدائر بين النفع والضرر الولي أو الوصي أو ناقص الأهلية بعد اكتمال أهليته، وفي بيع المريض مرض الموت يكون الحق للورثة.

والتعبير عن الرفض يمكن أن يتم بأية وسيلة يستفاد منها معناه: فقد يتم بالقول أو الفعل أو بأي لفظ يدل عليه صراحة أو دلالة[5].

---

1 – يقول الكاساني (بدائع الصنائع، ج2، المرجع السابق، ص248) ما يلي: « فإذا امتنع من الإجازة فقد رده، فيرتد ويبطل من الأصل »؛ محمد بن إسماعيل الغشم، المرجع السابق، ص291.

2 – ورد في رد المحتار لابن عابدين، ج5، المرجع السابق، ص122 ما يأتي: « إن رفض كل منهما للتصرف لا يترتب عليه فسخه وإلغاؤه وإنما يترتب عليه استمرار وقفه حتى تنفسخ الإجارة أو تنقضي مدتها »؛ طاهر خليفة السيسني، المرجع السابق، ص293.

3 – لاشين محمد يونس الغبالي، بيع ملك الغير في القانون المدني والفقه الاسلامي، مكتبة جامعة طنطا، 1983، ص180؛ يقول عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق، ص238 ما يلي: « ... إنّ الرد يتضمن إسقاط حق صاحب الشأن في الإجازة وإنهاءه وزواله والساقط متلاش لا يعود ويصبح التصرف في هذه الحالة في حكم التصرف المفسوخ أو الباطل والمفسوخ أو الباطل لا ترد على كل منهما الإجازة ».

4 – عيسى عبد القادر المومني، المرجع السابق، ص158.

5 – جاء في المنتزع المختار لابن مفتاح، ويسمى شرح الازهر، للعلامة أبي الحسن عبد الله بن مفتاح، طبعة مصورة لوزارة العدل اليمنية عن الطبعة الاولى، ج 3، مصر، 1340، ص 42) ما يلي: =

غير أن فقهاء **الإمامية** يرون وجوب التعبير عن الرفض بألفاظ خاصة[1]. وإذا صدر التعبير عنه بالقول فلا يشترط فيه لفظ خاص، فقد يقول المالك في بيع الفضولي: "لا أجيز" أو "لا أرضاه" أو "ليس لي رغبة فيه"، وقد يتصرف المالك في العين التي قام الفضولي ببيعها، فهذه تعبيرات تفيد كلها رفضا للإجازة[2].

وإذا كان **رفض الإجازة** هو اتخاذ موقف معاكس **للإجازة** يفيد رد التصرف الذي يتطلب الإجازة، فهو **عمل ايجابي** يحدث آثارا خطيرة أهمها أن التصرف الذي كان محلا للإجازة يزول ويتلاشى ولا يعود ممكنا إجازته، وبذلك يختلف عن **عدم الإجازة** الذي هو **عمل سلبي** ليس له أي تأثير على العقد الموقوف إذ يبقيه موقوفا[3].

وهكذا فإن الرفض، أو الرد، يختلف عن الإجازة لأن الإجازة تؤدي إلى جعل التصرف نافذا ومنتجا لأثره، في حين أن الرد أو الرفض يترتب عليه إسقاط الحق في الإجازة وزواله، وبالتالي بطلان التصرف الموقوف[4] لأن الإجازة تلحق التصرف القائم وليس العقد المفسوخ، ولأن الحق في الإجازة سقط بالرفض والساقط لا يعود[5].

وينبني على ذلك أنه لا يتم رفض الإجازة إلا إذا لم تصدر من قبل، لأنها لو صدرت سابقا ثم أراد الشخص أن يرفضها لا يجوز له ذلك، لأنها بمجرد صدورها تصبح لازمة فلا يجوز الرجوع فيها[6].

الفرع الثاني

الشروط الواجب توافرها في من له حق الرفض

لم يذكر الفقهاء، فيما يتعلق بشروط صحة رفض الإجازة، إلا شرطا واحدا ذكره فقهاء الحنفية هو ألا يسبق الرفضَ إجازة من صاحبها، فإن كان سبق له أن أجاز التصرف

=« لو بطل العقد قبل الإجازة بفسخ أو وقع ما يجري مجرى الفسخ، وذلك نحو أن يعقد عليه المالك أو الفضولي عقدا آخر، أو يقول المالك لا أرضاه، أو لا رغبة لي فيه، أو لا أجيزه بطل »؛ خليفة السيسني، المرجع السابق، ص 285؛ محمد وحيد الدين سوار، المرجع السابق، ص275.

1 – عبد الهادي الحكيم، المرجع السابق، ص329.

2 – عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق، ص240.

3 – طاهر خليفة السيسني، المرجع السابق، ص292.

4 – محمد بن اسماعيل الغشم، المرجع السابق، ص294.

5 – عبد المجيد مطلوب، نظرية الإرادة المنفردة، ص ص303–335.

6 – جاء في رد المحتار لابن عابدين، (ج 4، المرجع السابق، ص148) ما يلي: « وقوله (المالك) لا أجيز رد له أي البيع الموقوف فلو أجازه بعد لم يجز لأن المفسوخ لا يجاز بخلاف المستأجر لو قال لا أجيز بيع الأجر ثم أجاز جاز »؛ عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق، ص240.

الموقوف فلا يجوز له رفضه بعد ذلك، لكون حقه قد سقط بالإجازة، وكذلك إذا بدأ برفض التصرف، فلا يمكنه إجازته بعد الرفض، لأن حقه في ذلك قد سقط والساقط متلاش[1].

ونرى، إلى جانب هذا الشرط، أن **شروط صحة الإجازة ذاتها**، التي درسناها في حينها[2]، يمكن أن تنطبق على **رفض الإجازة** أيضا.

أما بالنسبة إلى **رافض الإجازة**، الذي هو صاحب الحق في الإجازة، سواء كان مالكا أو وليا أو وصيا أو صبيا مميزا بعد كمال أهليته، كما أوضحناه بالنسبة إلى إجازة التصرف الموقوف، فقد اشترط الفقهاء أن يكون الرافض، وقت الرفض، أهلا لمباشرة الرفض وهو على غرار الإجازة تصرف قانوني، وأن تكون إرادته خالية من أي عيب من عيوب الإرادة، وأن يكون على علم بحقيقة التصرف الموقوف الذي يريد رفضه[3]، لأنه يسند أثر التصرف إلى نفسه، فلا بد إذن أن يتحقق فيه ما يتحقق في العاقدين من وجوب الأهلية وصحة العبارة، فهو أمر يشترط عند رفضه للتصرف حتى تصح عبارته ويقبل رفضه ويترتب عليه كافة أثره[4].

المطلب الثاني

الطبيعة القانونية لرفض إجازة التصرف الموقوف

إذا كان رفض إجازة التصرف الموقوف يؤدي إلى زوال هذا التصرف بأثر رجعي واعتباره كأن لم يكن، فما هي طبيعة هذا الرفض؟ وهل يمكن القول بأن التصرف تم إبطاله بالرفض؟ أم أنه تم فسخه؟ أم إلغاؤه؟ أم ماذا؟

الفرع الاول

التكييف الشرعي لرفض الإجازة في الفقه الإسلامي

اختلفت آراء الفقهاء في وصف هذا الرفض:

فمنهم من وصفه **بالبطلان**، فقد جاء في بدائع الصنائع أن « تصرفات الفضولي التي لها

1 – الكاساني، بدائع الصنائع، ج 5، المرجع السابق، ص377؛ طاهر خليفة السيسني، المرجع السابق، ص289.

2 – انظر ما تناولناه في موضوع شروط صحة الإجازة في الفصل الثاني من الباب الأول.

3 – عبد الهادي الحكيم، عقد الفضولي في الفقه الاسلامي، دراسة مقارنة، مطبعة الآداب بالنجف الاشرف، 1975، ص329.

4 – عبد المجيد الحكيم، المرجع السابق، ص325؛ محمد جبر الألفي، الفضالة، المرجع السابق، ص96.

مجيز حالة العقد منعقدة موقوفة على إجازة المجيز من البيع والإجارة والنكاح والطلاق ونحوهما، فإن أجاز ينفذ وإلا **فيبطل** »[1].

ومنهم من وصفه **بالفسخ**، حيث جاء في بداية المجتهد ما يأتي: « واختلفوا في بيع الفضولي، هل ينعقد أم لا؟ وصورته: أن يبيع الرجل مال غيره بشرط أن يرضى به صاحب المال، فإن رضي أمضى البيع، وإن لم يرض فسخ »[2].

وبعضهم يصفه **بالإلغاء**، وقد ورد في المجموع أن « ... القول الثاني وهو القديم إنه ينعقد، أي بيع الفضولي، موقوفا على إجازة المالك، إن أجاز صح البيع، وإلا **لغا** »[3].

والبعض الآخر يصفه **بالنقض**، فقد جاء في حاشية الدسوقي أن « ... كون المالك له نقض بيع الفضولي غاصبا أو غيره... »[4].

ومن الفقهاء من لم يصفه بهذه الصفات، مكتفيا بما يدل على أن هذا التصرف إن أجيز نفذ وإلا فلا، فجاء في نهاية المحتاج: « فبيع الفضولي باطل، وفي القديم موقوف، إن أجاز مالكه نفذ وإلا فلا »[5].

إنّ وصف رفض الإجازة بفسخ التصرف الموقوف، خاصة في تصرف الفضولي، ليس موفقا، لأن الفسخ يكون في العقود الملزمة للجانبين عند إخلال أحد المتعاقدين بالتزاماته نحو الآخر، وهو لا يستعمل إلا من طرف أحد المتعاقدين، أما رفض تصرف الفضولي فهو تصرف انفرادي يكون من غير طرف في التصرف، كما في رفض المالك إجازة التصرف الفضولي بالبيع أو في صورة رفض الورثة إجازة الوصية بأكثر من الثلث[6].

والواضح أيضا أن رفض الإجازة المؤدي إلى زوال العقد الموقوف يختلف عن البطلان،

---

1 – الكاساني، بدائع الصنائع، ج 5، ص221؛ طاهرخليفة السيسني، المرجع السابق، ص282؛ محمد بن إسماعيل الغشم، المرجع السابق، ص295؛ جبر الألفي، الفضالة، المرجع السابق، ص97.

2 – بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد، ج 2، المرجع السابق، ص208؛ وقد نصت 378 من مجلة الأحكام العدلية على أن: « بيع الفضولي إذا أجازه صاحب المال أو وكيله أو وصيه أو وليه نفذ وإلا فسخ إلا أنه يشترط لصحة الإجازة أن يكون كل من البائع والمشتري والمجيز والمبيع قائما وإذا كان أحد المذكورين هالكا فلا تصح الإجازة ».

3 – النووي، المجموع، ج 9، المرجع السابق، ص259؛ عيسى عبد القادر المومني، المرجع السابق، ص160.

4 – حاشية الدسوقي، ج 3، المرجع السابق، ص12.

5 – الرملي، نهاية المحتاج، ج 3، المرجع السابق، ص24؛ جبر الألفي، الفضالة، المرجع السابق، ص9.

6 – يقول محمد بن إسماعيل الغشم (المرجع السابق، ص296) أنه: « باستثناء حالتي نقص الأهلية والمكره حيث يصدر الرفض من طرف في العقد، فيصدر في الأولى من ناقص الأهلية بعد اكتمال أهليته وفي الثانية من المكره بعد زوال الإكراه ».

لأن البطلان يلحق العقد الذي تخلف فيه ركن من أركانه أو شرط من شروط وقفه أو شرط من شروط صحة الإجازة، فحينها لا نكون بصدد عقد قائم وإنما أمام عقد منعدم فإذن لا تلحقه الإجازة ولا الرفض. كما أن قواعد الإبطال تتطلب أن يكون الإبطال من طرف في التصرف لا من طرف أجنبي عن العقد[1]، الأمر المخالف للعقد الموقوف الذي تجتمع فيه شروط انعقاده وصحته وشروط وقفه وشروط صحة الإجازة فيه، حيث يكون العقد قائما ولكنه موقوف[2].

الفرع الثاني

التكييف القانوني لرفض الاجازة

لقد اعتبر المشرع العراقي رفض إجازة التصرف بمثابة بطلانه، إذ نص في المادة 135ف/3 من تقنينه المدني، المطابقة للمادة 217 من قانون المعاملات المدنية الإماراتي، على أنه: « إذا لم يجز المالك تصرف الفضولي بطل التصرف ». وهو أيضا ما فعله المشرع الأردني، الذي قضى في المادة 175ف/2 من تقنينه المدني بأنه: « ... إذا رفضت الإجازة بطل التصرف ».

وذلك أيضا ما يستفاد من نصوص التقنين المدني الجزائري المنظمة لأحكام بطلان العقد وقابليته للإبطال، لاسيما المواد 100 و101 و102 منه، المقابلة للمواد 139 و140 و141 من نظيره المصري.

ويلاحظ أن التقنين المدني الجزائري، على غرار نظيره المصري، لم يشر إلى حالة رفض الإجازة، وهذا قصور يجب أن يستدرك من طرف المشرع، ذلك أنه من غير المناسب تطبيق أحكام القابلية للإبطال على العقد الموقوف لاختلاف طبيعة العقدين، إذ أن العقد القابل للإبطال نافذ ومنتج لآثاره كاملة حتى قبل الإجازة بخلاف العقد الموقوف. وفي هذه الحالة لا يسعنا إلا الرجوع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية باعتبارها المصدر الرسمي الاحتياطي الأول لقانوننا المدني الذي نصت المادة الأولى منه على أنه « ... وإذا لم يوجد نص تشريعي، حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية... ».

إنّ رفض إجازة العقد الموقوف، وهو تصرف انفرادي، إذ يتم بإرادة منفردة، يختلف عن الفسخ ويتفق مع الإبطال في كونه يؤدي إلى زوال التصرف واعتباره كأن لم يكن، كما أنه يتفق في النتيجة مع كل من الفسخ والإبطال.

---

1 – عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق، ج 4، المرجع السابق، ص120؛ والوسيط، ج 1، المرجع السابق، ص515.

2 – طاهر خليفة السيسني، المرجع السابق، ص283.

ولما كان رفض الإجازة، قد يصدر من شخص غير طرف في التصرف يترتب عليه زوال التصرف، فإنه يتبين لنا مدى اختلافه عن الفسخ والإبطال في القانون المدني، إذ إن رفض الإجازة في الحالة التي نحن بصددها يتمكن شخص أجنبي عن التصرف الموقوف، بإرادته المنفردة، من فسخ وإبطال تصرف أجراه الغير، بحيث يزول ويعتبر كأن لم يكن بالنسبة إلى أطراف التصرف والغير، وهو الأمر الذي يمتاز به الفقه الإسلامي عن القانون المدني الذي يأخذ بفكرة قابلية العقد للإبطال. وهذا ما جعل بعض الفقهاء يطلقون على "**رفض إجازة التصرف الموقوف**" مصطلح "**رد التصرف الموقوف**". ويستند هذا الرأي إلى أن رفض الإجازة قد يصدر من طرف في التصرف، كما في حالة المكرَه وناقص الأهلية بعد اكتمال أهليته، وقد يصدر من شخص خارج عنه، كما في حالة المالك بالنسبة إلى تصرف الفضولي[1].

ومما لا ريب فيه أن رفض الإجازة في الفقه الإسلامي ليس بفسخ ولا ببطلان، بل هو حالة خاصة يزول بها العقد ويصبح كأن لم يكن، سواء عبر عنه بالفسخ أو البطلان أو النقض أو غيرها[2].

وعلى ضوء ما سبق، نرى ضرورة تعديل عبارة "**بطل التصرف**" واستعمال عبارة "**كأن لم يكن**" وإحلالها محل كلمة "**فسخ**" في تطبيقات العقد الموقوف.

المطلب الثالث

الآثار المترتبة على رفض الإجازة

يترتب على الحكم بوقف التصرف وقف كل الآثار التي يمكن أن ينتجها العقد، ففي بيع الفضولي، مثلا، لا تنتقل ملكية المبيع إلى المشتري ولا الثمن إلى البائع حتى تصدر الإجازة: فإذا أجيز التصرف نفذ ورتب جميع آثاره، وهو الأمر الذي تناولناه في المبحث السابق، أما

1 – يقول محمد بن إسماعيل الغشم (المرجع السابق، ص296) ما يأتي: « ففي عقد بيع ملك الغير في القانون المدني المصري لا يستطيع المالك التدخل لإزالة هذا العقد الذي يضر به لأنه أجنبي عن الرابطة العقدية والحماية التي تتقرر له هي أن العقد غير سار في حقه ويظل كذلك إلى ما لا حد له »؛ ويقول عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق، ص238 إن: « رد التصرف الموقوف أي منعه من إنتاج آثاره وذلك برفض إجازته ممن شرع له الحق ».

2 – يرى طاهر خليفة السيسني في مرجعه السابق، ص283 أنه: « ... مهما يكن من اختلاف في وصف هذا الرفض، فإن المتفق عليه عند جميع الفقهاء أن رفض الإجازة يترتب عليه زوال التصرف واعتباره كأن لم يكن وبالتالي لا يترتب عليه أي أثر ».

إذا لحقه الرفض ترتب عليه زوال العقد الموقوف وسقوطه، واعتبر التصرف كأن لم يكن، وأصبح العقد بعد الرفض غير قابل للإجازة لأن الساقط لا يعود[1].

وهذا الأثر يشمل مختلف أسباب وقف التصرفات، باستثناء حالتي بيع العين المرهونة رهنا حيازيا وبيع العين المستأجرة، لأن رفض المرتهن والمستأجر للتصرف لا يؤدي إلى فسخه، وإنما يترتب على الرفض استمرار وقفه حتى يفك الرهن أو حتى ينفسخ الإيجار أو تنتهي مدته، فتصبح العين ملكا خالصا للمالك وبالتالي ينفذ كل تصرف للمالك فيها[2]. لكن يجوز لكل منهما إجازة التصرف بعد رفضه لأن رفضهما للتصرف لم يؤد إلى فسخه واعتباره كأن لم يكن حتى نقول بأن المفسوخ لا يجاز.

وهذا لا يثير إشكالات إذا لم يتم تنفيذ العقد، لأن العقد الموقوف غير منتج لآثاره منذ إنشائه، فلا يثير رفض إجازته أية صعوبات ما دام هو على حاله. غير أن الأمر لا يكون كذلك أحيانا، كما لو قام الفضولي، مثلا، بتسليم العين المبيعة إلى المشتري وتداولته الأيدي من التسلم والتسليم، فكيف يمكن إعادة الحالة إلى ما كانت عليه سابقا؟

إن ثمة جملة من التساؤلات تثور حول هذا التصرف منها: ما حكم رفض إجازة الشق الموقوف من التصرف؟ في حالة تنفيد التصرف، ما حكم استرداد المنافع والنماءات إذا حدثت في المعقود عليه،؟ وما حكم هلاك المعقود عليه؟

تقتضي الإجابة عن كل هذه التساؤلات الوقوف عند أثر رفض إجازة الشق الموقوف من التصرف (الفرع الأول)، حالة تنفيذ التصرف (الفرع الثاني).

الفرع الاول

أثر رفض إجازة الشق الموقوف من التصرف

قد يكون التصرف موقوفا في شق منه ونافذا في شقه الآخر، كما لو باع رجل ملكه وملك شريكه الذي يمثل صفقة واحدة دون أن يكون نائبا عن الآخر في البيع، فيثور السؤال الآتي: ما حكم رفض إجازة الشق الموقوف؟

1 – وتنص المادة 230 من التقنين المدني الأردني على ما يلي: « الساقط لا يعود كما أن المعدوم لا يعود ».

2 – وهبة الزحيلي، العقود المسماة، المرجع السابق، ص ص369–371؛ وجاء في حاشية الرملي (ج 2، ص67) ما يلي: « الصحيح لا يملك المرتهن والمستأجر حق الفسخ »؛ محمد بن إسماعيل الغشم، المرجع السابق، ص295.

إنّ هذا التصرف صحيح نافذ في ملك البائع ومتوقف على الإجازة في ملك الغير، فإذا أجاز الغير حقه في البيع نفذ التصرف ولزم في حقهم جميعا، وإن رفض الغير إجازة التصرف انفسخ في الشق الموقوف وظل نافذا في الشق الآخر، وهذا ما يعرف بإنقاص التصرف. لكن هل يكون التصرف في الشق النافذ لازما حتى في حق المشتري؟

اختلفت وجهة نظر الفقهاء في ذلك، وأوردوا تفصيلات مختلفة:

أولا: فالحنفية يرون أن المشتري مخير بين إمضاء الصفقة وفسخها إذا انتقصت، بشرط أن يؤدي نقصان الصفقة إلى عيب في الباقي[1].

ثانيا: ويرى **المالكية** أن المشتري مخير بين إمضاء الصفقة وفسخها في ثلاث حالات هي:

1- حالة كون الشيء المستحق جزءا شائعا مما لا ينقسم كبعض حيوان مثلا لضرر الشركة.

2 – حالة كون الشيء المستحق مثليا وكان أكثر الصفقة.

3 – حالة كون المستحق جزءا شائعا فيما ينقسم وكان يمثل ثلث الصفقة فأكثر[2]. أما إذا كان أقل من الثلث وجب التمسك بالباقي ورجع بحصة المستحق من الثمن.

ثالثا: وذهب **الشافعية والحنابلة وبعض الإمامية** إلى أنّه يكون للمشتري الخيار إذا كان جاهلا بأن المعقود عليه فيه جزء مملوك لغير البائع يحتمل وقوع الإجازة فيه ورفضه، أو كان عالما ولكن يعتقد بحصول الإجازة فيه بحيث لو علم بأنه سيرفض لما أقدم على الشراء. لكن لو علم بحاله فلا يكون له الخيار لأنه دخل على بصيرة[3].

---

1 – الكاساني، بدائع الصنائع، ج 5، ص288؛ ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج 6، المرجع السابق، ص ص148-149؛ محمد بن إسماعيل الغشم، المرجع السابق، ص297 حيث ورد: « كما لو كان المبيع شيئا واحدا حيث سيكون مشتركا والشركة في الأعيان عيب »؛ طاهر خليفة السيسني، المرجع السابق، ص294؛ عبد الرزاق حسن فرج المرجع، المرجع السابق، ص245؛ وخالف زفر هذا الرأي إذ يرى « أن البيع لا يصح لأن محل العقد مجموع ولا يتصور ذلك لانتفاء المحلية في شق منه ».

2 – حاشية الدسوقي للدسوقي، ج 3، المرجع السابق، ص469.

3 – المغني لابن قدامه، ج4، المرجع السابق، ص316؛ ولما كان من المحتمل ورود الإجازة أو الرفض من مالك الشيء الذي تصرف فيه الغير، رأى الفقهاء تقسيم الثمن على المبيع حتى يأخذ كل من المالكين نصيبه على فرض الإجازة أو ليأخذ البائع ما يخصه منه ويرجع الباقي إلى المشتري على فرض رفضها؛ طاهر خليفة السيسني، المرجع السابق، ص295؛ عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق، ص246.

أما **الزيدية** فيرون أن المشتري يكون له الخيار إذا كان جاهلا أو كان عالما وكان يعتقد بحصول الإجازة بحيث لو علم أن التصرف سيرفض لما أقدم على الشراء ويحلف على ذلك[1].

ويلاحظ أن الإنقاص في الفقه الحنفي والمالكي يتم على أساس موضوعي، أما فقهاء الزيدية فقد أفسحوا مجالا للإنقاص على أساس ذاتي يعتمد على قصد المتعاقد[2].

إنّ الرأي الراجح لدينا هو الرأي القائل بأنه يكون للمشتري الخيار في إمضاء الصفقة أو فسخها إن كان يجهل بأن المعقود عليه فيه جزء مملوك لغير البائع يحتمل وقوع الإجازة فيه أو رفضها،لأنه لو كان المشتري عالما بذلك لكان دليلا على رضاه بما قد يصدر من مالك الجزء غير المملوك للبائع سواء كانت إجازة أو رفضا فوجب أن تلزمه الصفقة.

وعلى ضوء ما تقدم يكون البيع نافذا في حصة البائع لأنه يتصرف في ملكه ويكون غير نافذ أي موقوفا في حصة الآخر، فإذا أجاز صاحب الشق الموقوف هذا الشق نفذ كل البيع، وإن رفض هذا الشق زال وحده بحصته من الثمن واعتبر كأن لم يكن وبقي الشق الآخر نافذا، وهو ما يعرف بانتقاص العقد في الاصطلاح القانوني.

وقد نصت المادة 139 من التقنين المدني العراقي على أنه: « إذا كان العقد في شق منه باطلا فهذا الشق هو الذي يبطل. أما الباقي من العقد فيظل صحيحا باعتباره عقدا مستقلا إلا إذا تبين أن العقد ما كان يتم بغير الشق الذي وقع باطلا »[3]. وتنص المادة 104 من تقنيننا المدني على أنه: « إذا كان العقد في شق منه باطلا أو قابلا للإبطال، فهذا الشق وحده هو الذي يبطل، إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلا أو قابلا للإبطال، فيبطل العقد كله »[4].

نخلص، مما سبق، إلى أن رفض إجازة التصرف الموقوف هو رد له، لأن هذا

---

1 – ورد في البيان الشافي لابن المظفر (ج 2، المرجع السابق، ص518) ما يلي: « كما لو كان مشاعا أو كان شيئين مختلفين ولكن للمشتري غرض في اجتماعهما، كثورين للحرث أو عبد وأمة زوجين فله الخيار في ذلك والقول قوله في غرضه مع يمينه »؛ محمد بن إسماعيل الغشم، المرجع السابق، ص298.

2 – عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق، ج 4، المرجع السابق، ص142.

3 – تقابل المادة 169 من التقنين المدني الأردني التي تقضي بأنه: « إذا كان العقد في شق منه موقوفا توقف في الموقوف على الإجازة فإن أجيز نفذ العقد كله وإن لم يجز بطل في هذا الشق بحصته من العوض وبقي في النافذ بحصته »؛ وتقابل المادة 211 ف/2 من قانون المعاملات المدنية الإماراتي.

4 – تقابل المادة 141 من التقنين المدني المصري.

التصرف إذا رفضت إجازته زال واعتبر كأن لم يكن بحيث يصير غير قابل لأن تلحقه الإجازة بعد ذلك. كما أنه إذا كان التصرف يحتوي على شق موقوف وآخر نافذ، فإنه يترتب على رفض الشق الموقوف زوال هذا الشق وبقاء التصرف الآخر نافذا.

الفرع الثاني

حالة تنفيذ التصرف

ليس هناك إشكال إذا كان التصرف الموقوف لم ينفذ بعد ورفضت إجازته، حيث يزول التصرف وينتهي الأمر. وإنما الصعوبة تظهر إذا كان قد نفذ وترتبت عليه آثاره. وتكمن الصعوبة في إعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل التنفيذ وتسوية العلاقات الناشئة عنه بسبب هذا التنفيذ، لأن الأمر يقتضي زواله واعتباره كأن لم يكن وأن يرجع كل طرف ما تسلمه، فله أن يسترد ملكه ممن استولى عليه إذا كان باقيا، أما إذا تعذر عليه ذلك فينتقل حقه إلى العوض. فإذا سلم الفضولي، مثلا، الشيء المبيع إلى المشترى وسلم المشتري الثمن إلى البائع قبل إجازته من مالكه، فما طبيعة هذا التنفيذ؟

إنّ تنفيذ التصرف الموقوف قبل إجازته من تسلم وتسليم لا يستند إلى أساس من العقد أو الإذن[1]، فهو، إذن، اعتداء على مال الغير بوضع اليد يترتب عليه الضمان، فتكون اليد الحائزة يد ضمان فيعامل من وضع يده على الشيء معاملة الغاصب، ويكون للمالك أن يسترد الشيء المغصوب منه، فله أن يسترده إذا كان لايزال قائما أو أن يضمن المتصرف أو المتصرف إليه هلاكه[2]. فمن غصب مال غيره وجب عليه رده إليه بالحالة التي كانت عليها

---

1 – « يرجع السبب في ذلك إلى أن تنفيذ العقد الموقوف قبل أن تلحقه الإجازة وما يترتب عليه من التسليم والتسلم لا يستند إلى مسوغ من العقد أو الرضا ممن له حق الإجازة، وبالتالي فهو يمثل اعتداء غير مشروع على مال الغير يجعل من يضع يده على هذا المال غاصبا له وملزما بضمانه لأن الغصب هو أخذ مال الغير وضبطه بدون إذنه » (عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج 4، المرجع السابق، ص181)؛ عيسى عبد القادر المومني، المرجع السابق، ص167. ويختلف الأمر عن العقد القابل للإبطال حيث يتم فيه التسليم والتسلم بإذن المالك فيكون التصرف مأذونا فيه.

2 – الإمام الحافظ أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، بلوغ المرام، باب الغصب، المرجع السابق، ص ص155–156: (وعن عروة بن الزبير رضي الله عنهما قال: قال رجل من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم: أن رجلين اختصما إلى رسول الله في أرض غرس أحدهما فيها نخلا، والأرض للآخر، فقضى رسول الله بالأرض لصاحبها، وأمر صاحب النخل أن يخرج نخله، وقال « ليس لعرق ظالم حق »؛ رواه أبو داود وإسناده حسن.

عند الغصب وفي مكان الغصب[1].

وكل يد تسلمت الشيء المغصوب تعتبر استمرارا للاعتداء وتأخذ حكم المال المغصوب، لذا لابد من التعرف على الأحكام المهمة التي تحكم علاقة من رفض الإجازة بغيره من أطراف التصرف الموقوف الذين قاموا بتنفيذه ووضع يدهم على محل التصرف.

أولا – استرداد العين أو عوضها:

إن الواجب الأصلي أنه إذا أخذت عين اعتداء دون إذن صاحبها وجب ردها له وفي أي يد كانت، فلمن رفض إجازة التصرف الموقوف أن يسترد العين التي تم تسليمها وفي أي يد كانت، هذا إذا كانت باقية استنادا إلى قول الرسول صلى الله عليه وسلم « **على اليد ما أخذت حتى تؤديه** »[2].

فلكل من المالك في تصرف الفضولي ولناقص الأهلية في تصرفه الدائر بين النفع والضرر وللمكره في التصرف الذي أكره فيه ولمن تعلق حقه بالعين كالمرتهن، إذا رفضوا الإجازة، الحق في استرداد العين في أي يد كانت.

فأخذ مال الغير بدون إذنه يلحق ضررا له يجب دفعه، حيث يكون ذلك برده إلى صاحبه[3].

« ويجب رد العين إلى المكان الذي أخذت منه وتكون النفقات كلها على من عليه الرد »[4].

---

1 – تنص المادة 890 من مجلة الأحكام العدلية على أنه: « يلزم رد المال المغصوب عينا وتسليمه إلى صاحبه في مكان الغصب إن كان موجودا وإن صادق صاحب المال الغصب في بلدة أخرى وكان المال المغصوب منه فإن شاء صاحبه استرده هناك، وإن طلب رده إلى مكان الغصب فمصاريف نقله ومؤنة رده على الغاصب »؛ وقد نصت الفقرتان الأولى والثانية من المادة 304 من قانون المعاملات المدنية الإماراتي والمادة 192 من التقنين المدني العراقي على الحكم نفسه.

2 – أخرج الحديث أبو داود في سننه عن سمرة عن النبي صلى الله عليه وسلم بلفظ على اليد ما أخذت حتى تؤدى، برقم 3561 ج 3، ص296؛ وأخرجه الترمذي في سننه عن الراوي نفسه بلفظ أبي داود نفسه برقم 1266، ج 3، ص557.

3 – السرخسي، المبسوط، ج 11، المرجع السابق، ص49؛ تنص المادة 134ف/1 **من القانون المدني العراقي** على أنه: « إذا انعقد العقد موقوفا لحجر أو إكراه أو غلط أو تغرير جاز للعاقد أن ينقض العقد بعد زوال الحجر أو ارتفاع الإكراه أو تبين الغلط أو انكشاف التغرير كما أن له أن يجيزه. فإذا نقضه كان له أن ينقض تصرفات من انتقلت إليه العين وأن يستردها حيث وجدها وإن تداولتها الأيدي. فإن هلكت العين في يد من انتقلت إليه ضمن قيمتها ».

4 – المادة 890 من مجلة الأحكام العدلية والمادة 192 من التقنين المدني العراقي؛ وتنص المادة 1149 من التقنين المدني اليمني على أنه: « لا يجوز عوض العين المغصوبة عنها إن كانت باقية ويعتبر قبول المالك للعوض عنها بيعا منه لها يخضع لأحكام البيع ».

ثانيا – حالة تعذر رد العين:

إذا تعذر رد العين، كأن تكون هلكت أو كان هناك مانع حال دون استردادها، كما لو خلطت بغيرها أو ترتب على الرد ضرر أعظم من ضرر عدم ردها كما لو كان خيطا خيط به جرح إنسان، فإن رد العين ينتقل إلى العوض[1].

ويجب الضمان على كل من وضع يده على مال غيره دون سبب شرعي، فيجب الضمان على الفضولي والمتصرف إليه من الفضولي، ويجب الضمان على المشتري من القاصر إذا تسلم منه الشيء، كما يجب الضمان على المتعاقد مع المكره بتسلمه للشيء دون إذن.

فيكون لصاحب العين تضمين أي شخص وضع يده على العين، فله إذن تضمين الفضولي الغاصب أو تضمين غاصب الغاصب، وله أيضا تضمين المتصرف إليه سواء كان عالما أو جاهلا بوجود سبب الضمان في كل منهم وهو القبض أو التسليم لمال الغير دون ولاية[2].

فيكون لصاحب الحق اختيار الأشخاص على أداء الضمان وهو ما اتفق عليه جمهور الفقهاء.

فإذا اختار المالك أحد واضعي اليد على العين، ترتب عليه براءة واضعي اليد الآخرين في مواجهته، فلا يملك بعدها مطالبتهم. فالفقرة الثالثة من المادة 135 من التقنين المدني العراقي تقضي بأنه: « إذا لم يجز المالك تصرف الفضولي بطل التصرف وإذا كان العاقد الآخر قد أدى لفضولي البدل فله الرجوع عليه به، فإن هلك البدل في يد الفضولي بدون تعد وكان العاقد الآخر قد أداه عالما أنه فضولي فلا رجوع عليه بشيء منه». وتنص الفقرة الرابعة من المادة ذاتها على أنه: « إذا سلم الفضولي العين المعقود عليها لمن تعاقد معه فهلكت في يده بدون تعد منه، فللمالك أن يضمن قيمتها أيهما شاء، فإذا اختار تضمين أحدهما سقط حقه في تضمين الآخر ».

---

1 – يقول الكاساني في البدائع (ج 7، المرجع السابق، ص148) إن: « ... الهالك لا يحتمل الرد ».

2* – الكاساني، بدائع الصنائع، ج 6، المرجع السابق، ص147.

وقد اختلف الفقهاء فيما يتعلق بالعقارات وانقسموا إلى رأيين:

– ذهب رأي إلى أن العقار يتحقق فيه الغصب ويجب ضمانه بضمان الغصب مثل العين المنقولة فيجب الضمان على الغاصب سواء كان التلف بآفة سماوية أو بفعل الغير، وللمالك الخيار في الرجوع على الغاصب أو الحائز.

– وذهب رأي (الإمام أبو حنيفة وصاحبه أبو يوسف) إلى « أن العقارات يتحقق فيها الغصب لكن لا على وجه يوجب ضمان الغصب، فغاصب العقار عندهم لا يضمن إلا ما تلف أو نقص بفعله هو ».

ويترتب على تضمين أحد واضعي اليد للمالك رجوع كل واحد منهم على الآخر بما يستحقه، فإذا قام المشتري من الفضولي بالضمان فإنه يرجع على الفضولي بالثمن الذي دفعه لوجود الثمن عند البائع بدون وجه حق ولا يرجع عليه بالضمان لأنه دخل على ضمان الشيء[1]. وبالإضافة إلى كل ذلك، يضمن الغاصب زوائد الشيء المغصوب التي حصل عليها خلال مدة الغصب، سواء كانت متصلة به كالسمن أو منفصلة عنه كالثمار وكذلك منافعه كأجر المثل عن مدة الغصب[2].

إنّ الغاصب يحوز الشيء المغصوب بدون ولاية ولا إذن، وبذلك فهو يختلف عن الحائز في العقد القابل الباطل حيث يحوز صاحبه الشيء بإرادة مالكة، فإن الحائز في العقد الباطل لا يضمن منافع الشيء ولا زوائده لأن يده على الشيء تكون يد ضمان، لكن في حالة ما إذا امتنع عن إعادته لصاحبه انقلبت يده إلى يد غاصبة، وعندئذ يلزم بمنافع الشيء وزوائده من وقت الامتناع إلى يوم الغصب. ولم يفرق المشرع الأردني بين ناقص الأهلية إذا كان طرفا في العقد الموقوف وبين الشخص كامل الأهلية حيث يلزمه برد ما قبضه إذا كان موجودا وإذا استحال رده لهلاكه سواء بتعديه أو بدونه فعليه مثله أو قيمته يوم الغصب[3].

خلاصـــــة

ونخلــص إلى أن الفقه الإسلامي يعطي للمالك الحق في رد التصرف ورفض إجازته ولو لم يكن طرفا فيه بحيث يترتب على ذلك زواله. وهي الفكرة التي يتميز بها الفقه الإسلامي ولذلك إذا نفذ التصرف في بيع ملك الغير دون إجازة فإنه يعتبر اعتداء على حق المالك، فله إذن استرداد العين من أي يد وجدت، ولو كان من تلقاها حسن النية، وله استرداد فوائدها.

أما القانون الجزائري فلم ينظم حالة رفض إجازة التصرف الموقوف، كما أنه لم يشر إلى الحكم العام لرفض الإجازة. ونرى أنه من غير الممكن تطبيق أحكام القابلية للإبطال المعروفة في القانون المدني الجزائري على العقد الموقوف، وهذا لاختلاف طبيعة العقدين

---

1 – الكاساني، بدائع الصنائع، ج 7، ص144؛ عبد الكريم أحمد علي المرتضى، المرجع السابق، ص176 وما بعدها.

2 – تنص المادة 479 ف/4 من التقنين المدني الأردني على الآتي: « وعليه منافعه وزوائده »؛ جاء في قرار محكمة التمييز الأردنية رقم 1991/50 ما يلي: « يستفاد من نص المادة 479 ف 4 إن الغاصب لمال غيره يكون ضامنا لمنافعه وضمان المنفعة يكون بإلزام الغاصب بأجر المثل وقد ورد النص بصيغة الإطلاق فهو يشمل غصب مال الغير سواء كان الغير أجنبيا أو شريكا في المال ».

3 – وفي هذا يخالف التقنين المدني المصري في المادتين 142 و186 والجزائري في المادة 103 ف/2 الذي لا يلزم ناقص الأهلية في حالة تقرير بطلان العقد إلا بمقدار ما عاد عليه من منفعة من تنفيذ العقد.

حيث أن العقد القابل للإبطال نافذ ومنتج لكافة آثاره حتى قبل ورود الإجازة عليه على خلاف العقد الموقوف غير المنتج لآثاره منذ إبرامه.

لذلك، يخشى من فهم عدم ورود النص عليه، أن القانون الجزائري لم يجعل لمن توقف التصرف على إجازته الحق في نقضه وإبطاله، كونه نص فقط على الإجازة ومنه يظل التصرف موقوفا إلى ما لا حد له.

كما يلاحظ أن المشرع الجزائري لم يورد أحكاما خاصة لمعالجة ما يترتب على تقرير نقض العقد الموقوف، على خلاف التقنين المدني العراقي الذي نص عليه في المادتين 134 و135.

ولأنه قد يحدث أن يتم تنفيذ العقد الموقوف، كما لو سلم الفضولي المبيع إلى المشتري ثم تداولته الأيدي من تسلم وتسليم، وأحيانا قد تتلقاه أشخاص حسني النية، فإن الصعوبات تثور بصدد إعادة الحالة إلى ما كانت عليها سابقا. وما حكم هذا التسلم والتسليم؟

إن التسليم في العقد الموقوف يختلف عن التسليم في العقد القابل للإبطال الذي يتم بإذن مالكه في أغلب الأحيان فيكون تسليما وتسلما مأذونا فيه. فهو يمثل اعتداء، فهو غير مشروع على مال الغير ويجعل من يضع يده على هذا المال غاصبا له وملزما بضمانه. وأن تنفيذ التصرف الموقوف دون إجازة من صاحب الحق هو استيلاء على المال يعتبر في حكم الغصب يمكن تطبيقه في القانون الجزائري، فهو ينطبق على الحالة التي نحن بصددها، حيث يوجد الاستيلاء على مال الغير بدون سبب شرعي يبرره، ويعرف الغصب بأنه الاستيلاء على مال الغير أو حقه بدون سبب شرعي.

فيجب على المشرع الجزائري استدراك ذلك طالما يأخذ بفكرة العقد الموقوف بشأن تصرف القاصر الدائر بين النفع والضرر في المادة 83 من تقنين الأسرة.

إن ذلك الأمر يعتبر قصورا يجب استدراكه وذلك الرجوع إلى فقه الشريعة الإسلامية الذي يقرر أن أثر رفض إجازة التصرف الموقوف هو انفساخ التصرف وزواله وإعادة الحالة إلى ما كانت عليه سابقا.

أما التقنين المدني العراقي فقد نص على بعض أحكام رفض الإجازة في المادتين 134 و135: فنصت المادة 134 على: « 1 – إذا انعقد العقد موقوفا لحجر أو إكراه... فإذا نقضه كان له أن ينقض تصرفات من انتقلت إليه العين وأن يستردها وإن تداولتها الأيدي فإن هلكت العين في يد من انتقلت إليه ضمن قيمتها 2 – وللعاقد المكره أو المغرور الخيار إن شاء ضمن

العاقد الآخر وإن شاء ضمن المجيز أو الغار فإن ضمن المجبر أو الغار فلهما الرجوع بما ضمانه على العاقد الآخر ولا ضمان على العاقد المكره أو المغرور إن قبض البدل مكرها أو مغرورا في يده بلا تعد منه »، ونصت المادة 135ف/3 على أنه: « إذا لم يجز المالك تصرف الفضولي بطل التصرف وإذا كان العاقد الآخر قد أدى لفضولي البدل فله الرجوع عليه به، فإن هلك البدل في يد الفضولي بدون تعد وكان العاقد الآخر قد أداه عالما أنه فضولي فلا رجوع عليه بشيء منه. وإذا سلم الفضولي العين المعقود عليها لمن تعاقد معه فهلكت في يده بدون تعد منه، فللمالك أن يضمن قيمتها أيهما شاء، فإذا اختار تضمين أحدهما سقط حقه في تضمين الآخر ».

كما أن التقنين المدني الأردني نص في المادة 175ف/2 على أنه: « إذا رفضت الإجازة بطل التصرف ».

وبالرجوع إلى نص المادة 83 المذكورة من القانون الجزائري، لم يبين القانون الجزائري ما إذا كان رفض الإجازة يحتاج إلى قضاء القاضي أو تراضي المتعاقدين، أم أنه يكفي رفضه بالإرادة المنفردة، قضى في المادة 83 بأنه « ... في حالة النزاع يرفع الأمر للقضاء ».

كما أن نص المادتين 100 و101 من التقنين المدني الجزائري، اللتين يتم الإبطال بموجبهما، إما بطلب الطرفين أي بالتراضي، أو بقضاء القاضي، لا يمكن تطبيق حكمهما على العقد الموقوف، لأنه لا يحتاج رفضه في نظامه الأصلي إلى تراضي الطرفين أو أمر من القاضي. وقد رأينا، أن فسخه قد يتم بإرادة منفردة، وأن اشتراط الرضا أو القضاء في بطلان العقد القابل للإبطال يرجع إلى أنه عقد منتج لآثاره ولكنه مهدد بالزوال، فالحكم الذي يصدر في دعوى الإبطال ينشئ البطلان لأن العقد قبله كان صحيحا منتجا لجميع آثاره، فاشتراط ذلك ضروري فيه، بخلاف العقد الموقوف الذي لا يحتاج إلى رفع دعوى بإبطاله، وعليه فنص المادة 101 خاص فقط بالعقد القابل للإبطال.

كما أن العقد القابل للإبطال تختلف طبيعته عن العقد الموقوف إذا تقرر إبطاله، فلا يعود له وجود قانوني ولا يرتب أثرا ما، سواء بين المتعاقدين أو بالنسبة للغير، وإنما يعيد الطرفين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد، وإن كان ذلك مستحيلا جاز الحكم بالتعويض طبقا المادة 103 ف/1 من التقنين المدني التي تطابق المادة 142 ف/1 من نظيره المصري.

ثم إن المشرع الجزائري في المادة 103 ف/2 من تقنيننا المدني (المادة 142 من نظيره المصري) قام بحماية ناقص الأهلية في أحكام الضمان، على عكس المشرع الأردني، إذ هو لا يلزم ناقص الأهلية فيه في حالة تقرير بطلان العقد إلا بمقدار ما عاد عليه من منفعة من تنفيذ العقد.

الباب الثاني

تطبيقات العقد الموقوف في القانون المدني

لقد توسع فقهاء الحنفية كثيرا في تعداد صور العقد الموقوف، فأوصلوها إلى ثماني وثلاثين حالة. غير، أن كثيرا من هذه الحالات لا تدخل في صور العقد الموقوف، إذ منها ما يعتبر العقد فيها من قبيل العقد الفاسد، وأخرى من قبيل العقد غير اللازم. والسبب في ذلك، هو عدم التزامهم بالمعاني الاصطلاحية لكلمات كل من التوقف والنفاذ والصحة والفساد واللزوم، وخلطهم في استعمال هذه المصطلحات[1].

تقدم في المطلب الثالث من المبحث الاول للفصل الأول، أن النفاذ لا يتحقق إلا بعد استيفاء العقد لشروط انعقاده وصحته، وبذلك، فالنفاذ لا يلحق إلا العقد الصحيح. فالفقهاء الأحناف خلصوا إلى أن شروط النفاذ هي الملك والولاية وأن لا يتعلق بالمحل المعقود عليه حق للغير. وبذلك فإن شروط النفاذ لا تخرج عن شرطين هما: أولا في العاقد، وثانيا في المعقود عليه، وعليه، فإن العقد يكون موقوفا في حالة تخلف هذه الشروط[2].

وبناء على ذلك يشمل العقد الموقوف حالات التصرف في حق الغير دون ولاية، ومن أهمها تصرفات الفضولي، والتصرف الصادر من عاقد ليس له الولاية على العقد، وهو تصرف ناقص الأهلية الدائر بين النفع والضرر وتصرف معيب الإرادة، وأخيرا تصرف صاحب الولاية في ماله الذي تعلق به حق الغير.

---

1 – انظر ما شرحناه في المبحث الثالث للفصل الأول من الباب الأول من هذه الرسالة؛ عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق، ص94، حيث ذكر 46 حالة للعقد الموقوف كما أوردها الفقهاء الأحناف في كتبهم، ثم أخرج منها الحالات التي تعتبر من قبيل العقد الفاسد وحالات العقد غير اللازم (ص83 وما يليها) إذ أنها لا تتفق مع تعريف العقد الموقوف الذي هو « عقد مشروع بأصله ووصفه، اختل فيه شرط من شروط نفاذه »؛ طاهر خليفة السيسني، المرجع السابق، ص64.

2 – عدنان ابراهيم السرحان ونوري محمد خاطر، المرجع السابق، ص 217.

إنّ غرضنا في هذا الباب ليس أن نستقصي جميع التصرفات الموقوفة على وجه الحصر، كونه عمل يطول البحث فيه، وإنما ستكون مهمتنا في إبراز بعض الجوانب التطبيقية لنظرية العقد الموقوف في القانون المدني.

ولذلك، نوزع دراستنا لموضوع هذا الباب على فصلين، نخصص لكل من التصرفات الصادرة من غير مالك (الفصل الأول) والتصرفات الصادرة من مالك في ماله تعلق به حق الغير (الفصل الثاني).

الفصل الأول

التصرفات الصادرة من غير مالك

إن الولاية على محل العقد تقوم بوجود حق الملك على المحل أو بالنيابة عن المالك مهما يكن مصدرها، سواء كانت اتفاقية، كالوكالة، أو قانونية، كنيابة الولي عن الصبي، أو قضائية، كنيابة الوصي عن السفيه وذي الغفلة[1].

فإذا انعدمت الولاية، بأن صدر تصرف من شخص في مال غيره دون نيابة، كالفضولي الذي يبيع ملك غيره أو يؤجره أو يهبه، فإن تصرفه يكون موقوفا، لا نافذا في حق مالك هذا المال، حتى ولو كان تصرفه صحيحا لتوفر أركان التصرف من تراضى ومحل وسبب. ومن أهم صور انعدام الولاية، ما يدخل في مفهوم ما يسمى في الفقه الإسلامي والقانون بتصرفات الفضولي التي تكاد تطغى على حالات التوقف الأخرى.

وتنعدم الولاية على محل العقد أيضا إذا خالف الوكيل الحدود المرسومة لوكالته، كما لو تجاوز النائب حدود نيابته وإن انعقد التصرف صحيحا إلا أنّه غير نافذ في حق الأصيل.

وقد أضاف بعض فقهاء الشريعة الإسلامية تصرف المرتد الذي يكون موقوفا لحين عودته إلى الإسلام، فإن أسلم نفذت تصرفاته وإن مات أو قتل أو لحق بدار الحرب بطلت[2].

ونشير هنا إلى أننا سنخرج من موضوع دراستنا تصرف المرتد، لأن تصرفاته تكون موقوفة على عودته إلى الإسلام وليست موقوفة على الإجازة.

ونقسم هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث: نعالج في الأول تصرفات الفضولي في مال غيره (المبحث الاول)، ونتناول الثاني التصرفات الصادرة من غير مالك له الولاية أصلا على المعقود عليه والمتجاوز لحدوده (المبحث الثاني)، وفي الثالث التصرفات الصادرة من عاقد ليس له ولاية على العقد (المبحث الثالث).

---

1 – تنص المادة 365 من مجلة الأحكام العدلية في شروط الولاية على محل العقد على ما يلي: « يشترط لنفاذ البيع أن يكون البائع مالكا للمبيع أو وكيلا لمالكه أو وليه أو وصيه وألا يكون في المبيع حق لآخر »؛ صلاح الدين شوشاري، المرجع السابق، ص ص38 – 39.

2 – جاء في المغني (لابن قدامة، ج1، المرجع السابق، ص ص80 – 81) ما يلي: « تصرفات المرتد في ردته بالبيع والهبة والعتق والتدبير والوصية ونحو ذلك موقوفة، أن أسلم تبينا أن تصرفه كان صحيحا وإن قتل أو مات على ردته كان باطلا، وهذا قول أبي حنيفة ».

المبحث الأول

تصرف الفضولي في مال غيره

إذا تصرف الشخص في المعقود عليه وهو ليس مالكا له، ولم تكن له وكالة من المالك ولا ولاية ولا وصاية عليه، فإنه يكون فضوليا وتكون كل تصرفاته موقوفة على إجازة من يملكها شرعا.

والفضالة **في اللغة**، نسبة إلى الفضول، هي جمع فضل أي الزيادة، والفضول هو اشتغال المرء أو تدخله فيما لا يعنيه[1].

أما في الاصطلاح **الفقهي**، فقد عرف الفضولي بتعريفات عديدة تقترب في مجملها من المعنى اللغوي، وتفيد بأنه القائم بأمر غيره دون أن تكون له ولاية أو وصاية أو وكالة. فقد عرفه الحنفية بأنه: « من يتصرف في حق غيره بغير إذن شرعي »[2]. وهو التعريف الوارد بالمادة 112 من مجلة الأحكام العدلية. وعرفه المالكية والشافعية والحنابلة بأنه: « الذي يبيع مال غيره بغير إذن ولا ولاية »[3].

ويُتصور تصرف الفضولي في حالة من يبيع ما ليس ملكا له بدون إذن من المالك، أو من يشتري لغيره شيئا ليست له ولاية الشراء، أو من يؤجر ملك غيره، أو من يهب أو يوقف أو يوصي بملك الغير، أو من يزوج غيره دون إذنه.

ويعرف الفقه الإسلامي نوعين من الفضالة[4]: فالنوع الأول منها هو **الفضالة العادية** التي، يكون محلها عملا من الأعمال التي لا تقتضيها الضرورة، أما النوع الثاني منها فهو ما يعرف **بالفضالة الضرورية**، التي يكون محلها عملا ضروريا وعاجلا كإصلاح حائط مملوك

---

1 – المعجم الوسيط، ص475؛ أحمد بن محمد المقري، المصباح المنير، ج 2، ص57؛ محمد سلام مدكور، المرجع السابق، ص634؛ أحمد فراج حسين، المرجع السابق، ص265.

2 – ابن عابدين، ج 5، المرجع السابق، ص227؛ ابن نجيم (البحر الرائق، ج 6، المرجع السابق، ص160) حيث يقول: « الفضولي في اصطلاح الفقهاء من ليس بوكيل وقيل الفضولي من يتصرف في حق الغير بلا إذن شرعي كالأجنبي يزوج أو يبيع »، محمد جبر الألفي، المرجع السابق، ص75.

3 – بن الهمام، فتح القدير، ج 5، المرجع السابق، ص209؛ الكاساني، بدائع الصنائع، ج 5، المرجع السابق، ص148؛ محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص342؛ محمد سعيد جعفور، بيع الفضولي في الفقه الإسلامي والقانون المدني، المقال السابق، ص26؛ عبد المنعم عبده البرعي، فساد المعاملات الجارية وأثرها في الحركة الاقتصادية، دراسة فقهية مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008، ص189.

4 – ابن حزم، المحلى، ج 7، المرجع السابق، ص352؛ محمد سلام مدكور، المرجع السابق، ص638؛ طاهر خليفة السيسني، المرجع السابق، ص67.

للجار على وشك الانهيار، أو بيع محصولات الغير خوفا من التلف، وهذا النوع الأخير من الفضالة لا يتوقف على إجازة المالك، وهو المعنى المقصود من العقد الموقوف، وإنما هو يرجع إلى الحاجة والضرورة التي تقتضيه، ولذا فهو ينفذ بمجرد صدوره من الفضولي.

ويعرف القانون الوضعي النوع الثاني من الفضالة، التي تشترط أن يقوم الفضولي بعمل عاجل وضروري لرب العمل تفضلا منه بدون ولاية ولا وكالة ولا وصاية. فالفضالة التي يعرفها القانون الوضعي تقوم على تدخل شخص بتصرف قانوني أو مادي في شؤون الغير بقصد العمل لهذا الغير تحقيقا له لمنفعة أوجبتها الضرورة، بحيث تثبت حينئذ للفضولي صفة النيابة عن الغير بقوة القانون، وعليه يكون هذا العمل نافذا بحق الغير دون أن يتوقف على إجازته. وعلى ذلك يكون للفضولي الحق في مطالبة الغير، أي رب العمل، بالنفقات التي صرفها في تنفيذ العقد، وهي بذلك تنفي عنه صفة التبرع. وذلك على عكس الفقه الإسلامي الذي لا يشترط أن يكون العمل الذي يقوم به الفضولي ضروريا أو عاجلا[1].

لقد اعتبر المشرع الجزائري الفضالة مصدرا من المصادر الإرادية للالتزام، وعرّفها في المادة 150 من التقنين المدني كما يلي: « الفضالة هي أن يتولى شخص عن قصد القيام بشأن لحساب شخص آخر دون أن يكون ملزما بذلك ».

وكذلك، فعل المشرع الفرنسي الذي اعتبرها مصدرا من مصادر الالتزام ذكرها تحت عنوان "شبه العقود"[2].

ويستنتج من ذلك، أن تصرفات الفضولي في الفقه الإسلامي لا تقابلها الفضالة، التي يعرفها القانون المدني والتي تعتبر تطبيقا من تطبيقات الفعل النافع (الإثراء بدون سبب) ومصدرا إراديا من مصادر الالتزام. وهو السبب الذي جعل مجلة الأحكام العدلية لا تأخذ به كمصدر من

---

1 – غني حسونة، المرجع السابق، ص164؛ محمد سعيد جعفور، بيع الفضولي، المرجع السابق، ص27؛ محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص540؛ عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، ص516.

2 – تنص المادة 188 من التقنين المدني المصري على أن: « الفضالة هي أن يتولى شخص عن قصد القيام بشأن **عاجل** لحساب شخص آخر دون أن يكون ملزما بذلك ». راجع أيضا في تعريف مشابه للفضالة: المادة 189 من التقنين المدني السوري والمادة 149 من قانون الموجبات والعقود اللبناني؛ وقد بيّن التقنين المدني الفرنسي أحكام الفضالة في المواد من 1371 إلى 1375 تحت عنوان "شبه العقود".

وانظر في التعريف بالفضالة في القانون المدني الفرنسي:

Francois Terre, Philippe SIMLER, yves LEQUETTE, Droit Civil, Les Obligations, 6éd, Dalloz, Paris, 1996. p.775 ; Philippe Malaurie, Laurent Aynes, Philippe Stoffel-Munck, Op Cit, p565 (il ya gestion d'affaire lorsqu'une personne s'immisce dans les affaires d'autrui avec l'intention de rendr service)

Op. Cit., p.643; Mazeaud, Op. Cit., p.456. Planiol Et Ripert,

مصادر الالتزام، وهو الموقف الذي تبناه المشرع العراقي في تقنينه المدني[1]، وإنما يقابلها في القانون المدني التصرف في ملك الغير، الذي نظمت أحكامه أغلب التشريعات التي انقسمت بشأنه إلى اتجاهين: يرى الأول الأخذ بالحكم نفسه الذي رتبه الفقه الإسلامي على تصرفات الفضولي، في حين يرى الثاني أن الموقف الأسلم هوالأخذ برأي الفقه الغربي.

وقد اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية بصدد مشروعية تصرفات الفضولي، الذي يرجع إلى اختلافهم الأصلي حول مشروعية العقد الموقوف، وانقسموا إلى رأيين[2]:

رأي أول يذهب إلى أن العقد الموقوف عقد صحيح، في حين يذهب الرأي الثاني إلى أنه عقد باطل لاعتبار شروط النفاذ هي شروط الانعقاد نفسها. وقد سبق أن تناولنا ذلك في المبحث الثاني بصدد مشروعية العقد الموقوف، ورأينا أن التصرف هو سبب تحقق الأثر، فإذا كان السبب موقوفا كان التصرف موقوفا. وهو الشيء الذي يصدق على تصرف الفضولي[3]. كما تناولنا في المبحث الرابع من الفصل الاول الشروط التي يشترطها فقهاء الشريعة الإسلامية لوقف التصرفات التي يقوم بها الفضولي، وخلصنا إلى أنه لكي ينشأ التصرف موقوفا على إجازة صاحب الشأن لا بد أن تتوفر فيه أركان وشرائط انعقاده وصحته، وأن يكون مما يقبل الإجازة، وأن يكون له مجيز عند إنشائه وأخيرا أن لا يجد نفاذه بحق العاقد نفسه. فإذا تخلفت هذه الشروط والأركان كان العقد باطلا وليس موقوفا، أما إذا وجد نفاذا بحق العاقد كان العقد نافذا بحقه وليس موقوفا.

ونتطرق في هذا المبحث لبعض التطبيقات لتصرفات الفضولي في مال غيره في كل من: بيع ملك الغير (المطلب الأول)، شراء ملك الغير (المطلب الثاني)، إيجار ملك الغير (المطلب الثالث)، وأخيرا هبة ووصية ملك الغير (المطلب الرابع).

المطلب الأول

بيع ملك الغير

نظرا لاعتبار بيع ملك الغير صورة من عقد البيع، ونظرا لأن بيع ملك الغير يفترض نقل ملكية الشيء ممن لايملكه نرى، أنه من الضروري تعريف عقد البيع حتى يتبين لنا، ما إذا كان نقل الملكية حكما لعقد البيع أم مجرد أثر يترتب عليه. لذا، نقسم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع،

1 – عبد المجيد الحكيم، ج 1، المرجع السابق، ص552؛ صلاح الدين شوشاري، المرجع السابق، ص41.

2 – راجع ما ذكرناه بصدد اختلاف فقهاء الشريعة الإسلامية حول مشروعية العقد الموقوف في المطلب الثالث من المبحث الأول للفصل الأول.

3 – محمد سعيد جعفور، بيع الفضولي، المقال السابق، ص31.

نخص الأول إلى التعريف البيع ملك الغير وشروطه في كل من الفقه الإسلامي والقانون المدني (الفرع الاول)، ونفرد الثاني لأحكام بيع ملك الغير (الفرع الثاني)، ونكرس الثالث لطبيعة جزاء بيع ملك الغير (الفرع الثالث).

الفرع الأول

مفهوم بيع ملك الغير

قبل التطرق الى مفهوم بيع ملك الغير، يجدر بنا، ان نتعرف على معنى البيع في الفقه الاسلامي وفي القانون الوضعي.

البيع لغة: مصدره باع الشيء أي أخرجه عن ملكه، ويطلق على البيع والشراء[1].

يقول العلامة الفيومي في المصباح المنير: « باع يبيعه بيعا فهو بائع وبيع، وأباعه بالألفة... »[2]. فالبيع في اللغة يحمل معنى المبادلة أو المعاوضة من قبل كل من البائع والمشتري، فكلاهما يأخذ شيئا من الآخر.

أولا – تعريف البيع في الفقه الإسلامي وفي القانون:

في اصطلاح فقهاء الشريعة الإسلامية: البيع هو مبادلة مال بمال تمليكا وتملكا[3]. وقد نصت المادة 105 من مجلة الأحكام العدلية على أن: « البيع مبادلة مال بمال... ».

ويظهر من التعريف السابق أن الملكية في عقد البيع، حسب الفقه الإسلامي ومجلة الأحكام العدلية المتأثرة به، تنتقل بمجرد العقد مباشرة.

أما البيع في القانون فهو تمليك مال أو حق مالي لقاء عوض[4]. وقد عرفت المادة 1582

---

1 – جاء في لسان العرب، ج 8، ص23 ما يلي: « مصدر باع، نقول: باع الشيء بيعا، أخرجه عن ملكه بعوض، ونقول باعه مبايعة عقد معه عقد بيع، فهو مقابلة شيء على وجه المعاوضة ».

2 – أحمد بن علي المقري الفيومي، المرجع السابق، ص46 و47.

3 – راجع في **الفقه الحنفي:** بن الهمام (فتح القدير، ج 5، المرجع السابق، ص73) حيث يقول: « أما مفهومه لغة وشرعا فهو مبادلة المال بالمال وكذا في الشرع لكن زيد فيه قيد التراضي ».

و**في الفقه المالكي:** الخرشي (حاشية الخرشي، ج 5، المرجع السابق، ص3 و4) حيث يقول: « والبيع الأعم عقد معاوضة على غير منافع ولا متعة لذة فتخرج الإجارة والكراء والنكاح وتدخل هبة الثوب والصرف والسلم ».

وفي الفقه الشافعي: النووي (كتاب المجموع، ج 9، المرجع السابق، ص ص148 – 149) إذ يقول ما يلي: « يقال بعت الشيء بمعنى بعته وبمعنى شريته ويقال شريت الشيء بمعنى شريته وبعته وأكثر استعمالا بعته إذا أزالت الملك فيه بالمعاوضة واشتريته إذا تملكته بها »؛ وأما حقيقة البيع في اللغة فهو « مقابلة المال بالمال وفي الشرع مقابلة المال بمال أو نحوه تمليكا ».

4 – وهو ما قضت به المادة 465 من التقنين المدني الأردني؛ عبد السلام فيغو، التصرفات الصادرة من المريض=

مدني فرنسي البيع بأنه: « البيع اتفاق بموجبه يلتزم أحد العاقدين إن يسلم شيئا، ويلتزم العاقد الآخر بدفع الثمن » وأضافت المادة 1583 منه بأنه: « يكسب المشتري من البائع قانونا ملكية المبيع بمجرد اتفاقهما على المبيع والثمن ولو كان المبيع لم يسلم والثمن لم يدفع »[1]. وعرّفته المادة 351 من التقنين المدني الجزائري، المقابلة للمادة 418 من نظيره المصري، كما يأتي: « البيع عقد يلتزم بمقتضاه البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقا ماليا آخر في مقابل ثمن نقدي ».

يتضح من هذا النص أن المشرع الجزائري والمشرع المصري قد عرفا عقد البيع بآثاره، لذا كان حكم عقد البيع في ظل التقنينين هو التزام البائع بنقل الملكية، ودون هذا الالتزام لا تنتقل الملكية الى المشتري.

ويخول حق ملكية الشيء المبيع للمشتري حق الاستئثار باستعماله واستغلاله والتصرف فيه على وجه دائم، وكل ذلك في حدود القانون[2].

يتضح، مما سبق، أنّ الفرق بين تعريف عقد البيع في القانون المدني والفقه الإسلامي هو ذاته الفرق بين حكم العقد وبين الالتزام العقدي. فبينما يجعل الفقه الإسلامي من نقل ملكية المبيع حكما لعقد البيع، نجد أن القانون المدني يجعل من نقل ملكية المبيع التزاما عقديا يقع على عاتق البائع.

وقد اشترط كل من الفقه الإسلامي والقانون المدني لنفاذ البيع أن يكون البائع مالكا للمبيع، ذلك أنه من القواعد المتفق عليها أن فاقد الشيء لا يعطيه، فحتى يقع البيع صحيحا يجب أن يكون البائع مالكا للمبيع وإلا كنا بصدد موضوع بيع ملك الغير.

ويتحقق بيع ملك الغير في حالة قيام شخص ببيع مال غيره دون أن يكون مأذونا له بذلك من صاحب الشأن وهو المالك ومن يقوم مقامه أو من يشاركه في ملكية الشيء، كما هو الوضع في بيع المال الشائع أو بيع الوارث لعين من أعيان التركة قبل سداد الديون

=مرض الموت، دراسة فقهية قانونية مقارنة، ط2، 2010، ص253؛ غير ان بعض الشراح في مصر يفضلون أن يقال أن البيع ينقل الملكية أو الحق العيني فعلا، ولا يقتصر دوره على انشاء التزام بنقل الملكية. ومنهم: سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، ج3، المرجع السابق، بند12؛ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج4، المرجع السابق، ص409.

4 - Art.1582 : « la vente est une convention par laquelle l’un s’oblige à livrer une et l’autre à payer».

2 – عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج 8، حق الملكية، دار احياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 1967، ص496؛ رمضان جمال كمال، أحكام بيع ملك الغير وبيع المال الشائع، فقها وقضاء، دار الألفي القانونية، المنيا، 2007، ص8.

المستحقة على المورث قبل وفاته[1]. فيكون هذا البيع موقوفا على إجازة المالك أو صاحب الحق فيه. ويسمى البائع في الفقه الإسلامي بالفضولي. أما بيع ملك الغير في العقار فانه نادرا ما يقع نظرا لاشتراط التسجيل، في كل من القانون الفرنسي والمصري والجزائري[2].

ثانيا – الشروط الواجب توافرها لتحقق بيع ملك الغير:

ولكي يكون بيع ملك الغير صحيحا **يتعين توافر شروط معينة فيه وهي:**

الشرط الأول: أن يكون الغرض من بيع ملك الغير نقل ملكية المبيع مقابل ثمن نقدي[3]، بمعنى أن يلتزم البائع بنقل ملكية المبيع إلى المشتري في مقابل مبلغ نقدي. وقد سبق، أن أشرنا الى أن عقد البيع عقد رضائي وأن حكم عقد البيع هو نقل الملكية، أي ينعقد بمجرد تطابق القبول بالإيجاب، وتنتقل ملكية المبيع مباشرة دون حاجة لأي إجراء. وبذلك يخرج من دائرة بيع ملك الغير ولا يعد بيعا ولا تنصرف إليه أحكام بيع ملك الغير إذا كان وعدا بالبيع، أو تعهدا بالحصول على ملكية محل العقد، أو تعهدا لآخر بالحصول على موافقة المالك الحقيقي لشيء على بيعه للمتعاقد الآخر[4].

الشرط الثاني: أن يكون محل البيع شيء معينا بالذات حتى يجعل غيره لا يقوم مقامه في الوفاء. وهذا شرط مهم لبيان حدود المبيع وملكيته وقت البيع، لأن ملكية المبيع لا تنتقل إلى المشتري بمجرد البيع إلا إذا كان معينا بالذات، ما لم يشترط القانون التسجيل في السجلات الرسمية، ويكون كذلك إذا كان من الأشياء القيمية، وهي التي تتفاوت في القيمة

---

1 – محمد محمد المهدي ابراهيم، "ايجار ملك الغير" دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانونين المدنيين المصري والفرنسي، رسالة دكتوراه ، كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر، مصر، 1980، ص120؛ محمد يوسف الزعبي، "العقود المسماة" شرح عقد البيع في القانون المدني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2004، ص533. محمد محي الدين إبراهيم سليم، المرجع السابق، ص4؛ ياسين محمد الجبوري، المرجع السابق، ص211.

2 – سنرجع بأكثر تفصيل في موضوع بيع ملك الغير بخصوص العقار.

3 – محمد لبيب شنب، شرح أحكام عقد البيع، دار النهضة العربية، القاهرة، 1975، ص73؛ رمضان جمال كمال، المرجع السابق، ص25؛ ياسين محمد الجبوري، المرجع السابق، ص218؛ محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص134.

4 – انظر فيما يخرج عن منطقة بيع ملك الغير: عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، البيع والمقايضة، ج 4، دار احياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ص ص272 – 275؛ سليمان مرقس، المرجع السابق، ص694؛ جميل الشرقاوي، شرح العقود المدنية "البيع والقايضة والإيجار"، ج 1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1991، ص110؛ رمضان جمال كامل، المرجع السابق، ص39؛

BAUDRY et SAIGNAT, Op. Cit., p. 122.

François COLLART DUTILLEUL et PHILIPPE DELEBECQUE, Contrats Civils Et Commerciaux, 3éd, Dalloz, 1996, p. 111 (la vente de la chose d'autrui est donc une vente qui vise au transfert d'un droit dont le vendeur n'est pas titulaire).

أو الصفة تفاوتا يعتد به، مثل بيع سيارة معينة بعلامة مصنعها ورقم صنعها[1].

أما إذا كان المبيع من المثليات، وهي التي يوجد لها نظير من جنسها في الأسواق بحيث يقوم بعضها مقام البعض الآخر، كالذهب والفضة والقمح، فإن باعه قبل تملكه فلا يعد بيعا لملك الغير لأنه معين بنوعه وليس بذاته. وتكون المثليات معينة بنوعها، فإن باعها قبل تملكه لها وإن كان لا يملك أي قدر من المبيع، لا تعد بيعا لملك الغير لأنه ليس معينا بذاته، غير أنه إذا تم فرزه فيصبح معينا بالذات فيعد بيعا. وعلى ذلك لا يعد بيع الشريك لحصته الشائعة بيعا لملك الغير إلا إذا تجاوز في بيعه مقدار حصته ثم تحددت فكان بائعا فضوليا[2].

الشرط الثالث: ألا يكون الشيء المبيع مملوكا للبائع، لأنه إذا كان مملوكا للبائع كان عقدا صحيحا لا بيعا لملك الغير. فإذا كان البائع يملك الولاية على محل العقد بوكالة عن المالك، أو كانت له ولاية أو وصاية عليه، كان العقد صحيحا نافذا مرتبا لآثاره. كما أنه يشترط أن لا يكون المحل مملوكا للمشتري وقد أقبل على شرائه جهلا منه بملكيته له، فإنه يستحيل تحقيق الغرض المقصود من البيع في هذه الصورة وهو نقل الملكية من البائع إلى المشتري وبذلك فإن البيع هنا لا ينعقد أصلا[3]، ويكون بيعا لملك الغير سواء علم البائع بعدم ملكيته الشيء المبيع أو انه لم يعلم بذلك[4].

ويقع بيع ملك الغير كثيرا في العمل، فالزوج قد يبيع ملك زوجته والأب قد يبيع ملك ابنه باعتباره أصيلا وليس نائبا عن ابنه، والشريك قد يبيع كل العين الشائعة وهو لا يملك إلا حصة فيها، وواضع اليد على ملك غيره قد يبيع هذا الملك، وأحيانا تباع أموال الدولة الخاصة أو أموال الغائبين، فهي كلها تعتبر بيوعا لملك الغير[5]، أو كما يعرف في الفقه الإسلامي ببيع الفضولي.

---

1 – ياسين محمد الجبوري، المرجع السابق، ص214؛ يقول عبد الرزاق السنهوري (الوسيط، ج 4، المرجع السابق، ص ص272 – 273) ما يأتي: « فإذا علق البائع البيع على شرط أن يملك المبيع، فالبائع هنا لم يلتزم بنقل ملكية المبيع التزاما باتا، بل علق التزامه على شرط واقف هو أن يملك المبيع، وليس هذا بيع ملك الغير ».

2 – خميس خضر، العقود المدنية الكبيرة "البيع والتأمين والايجار"، دار النهضة العربية للطبع والنشر والتوزيع، مصر، ط 3، 1984، ص295؛ سليمان مرقس، الوافي، المرجع السابق، ص698؛ محي الدين إبراهيم سليم، المرجع السابق، ص23.

3 – محمد لبيب شنب، شرح أحكام عقد البيع، المرجع السابق، ص74؛ أنور سلطان، العقود المسماة، المرجع السابق، ص325؛ نبيل ابراهيم سعد، العقود المسماة، ج 1: البيع، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، 1997، ص160؛ محمد صبري السعدي، الواضح، المرجع السابق، ص135؛ ياسين محمد الجبوري، المرجع السابق، ص216.

4 – عبد الرزاق السنهوري، البيع والمقايضة، ج 8، المرجع السابق، ص275؛ محمد حسن قاسم، الموجز في عقد البيع، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، مصر، 1996، ص152.

5 – أحمد حسن قدادة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، ج 4، عقد البيع، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، =

لكن هل كل شيء معين بالذت يتم بيعه من غير مالكه يعد بيعا لملك الغير؟ فماذا لو كان هناك نيابة قانونية بمقتضاها يبيع الغير الشيء المعين بالذات؟

فلو دققنا في تعريف البيع عند فقهاء القانون لاعتبرنا البيع الصادر من غير مالك، ولو بموجب نيابة قانونية، بيعا لملك الغير، وهذا يخالف قواعد القانون. أما لو نظرنا إلى تعريف فقهاء الشريعة الإسلامية لبيع الفضولي لاعتبرنا البيع الصادر من غير مالك بموجب نيابة قانونية بيعا صحيحا، إذ حتى يعد التصرف تصرفا صادرا من فضولي، حسب الفقه الإسلامي، لابد أن يكون صادرا من غير إذن صاحبه، وهذا يقتضي عدم وجود وكالة يتصرف بموجبها البائع. لكن القول نفسه يصدق على القانون الوضعي، بمعنى أننا لا نكون أمام بيع ملك الغير في حالة وجود نيابة قانونية أو اتفاقية أو قضائية.

لهذا ذهب بعض الفقهاء الى تعريف بيع ملك الغير« هو أن يبيع الشخص شيئا معينا بالذات مملوك للغير بدون وجه حق أي دون أن يكون البائع وكيلا من المالك أو وليا عنه »[1].

وبناء على ذلك، نخلص الى القول بأن مفهوم بيع الفضولي في الفقه الإسلامي أشمل وأدق من مفهوم بيع ملك الغير، عند فقهاء القانون المدني. ولكن ما حكم بيع عقار الغير؟

ثالثا – بيع عقار الغير:

نتناول بيع عقار الغير في الفقه الإسلامي ثم في القانون.

1- في الفقه الإسلامي: إنّ الفقه الإسلامي لم يفرق بين بيع المنقول وبيع العقار إذ متى أبرم العقد صحيحا ترتبت عليه حكمه الاصلي وهو ثبوت ملك المبيع للمشتري وملك البائع للثمن في الحال[2] وهو ما نصت عليه سابقا المادة 369 من مجلة الأحكام العدلية. فلا يشترط فيه توافر شكل لصحة البيع، وبما إن بيع ملك الغير ينعقد موقوفا في الفقه الإسلامي على إجازة المالك، فإن بيع عقار الغير هو الآخر ينعقد موقوفا على إجازة المالك.

2- في القانون الوضعي: ان الفقهاء اختلفوا في تكييف عقد بيع العقار، فهل هو، عقد رضائي أم شكلي؟

=ط4، 2005، ص ص210 –211؛ آدم وهيب النداوي، شرح القانون المدني، العقود المسماة في القانون المدني: البيع والايجار، قانون المالكين والمستأجرين، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الاردن، 1999، ص91.

1 – مصطفى الزرقاء، العقود المسماة، المرجع السابق، ص 110؛ ياسين محمد الجبوري، المرجع السابق، ص211. محمد يوسف الزغبي، المرجع السابق، ص533؛ محمد محمد المهدي إبراهيم، المرجع السابق، ص159.

2 – بن الهمام، فتح القدير، ج5، المرجع السابق، ص110؛ ابن قدامة، المغني، ج5، المرجع السابق، ص71.

أ- الاتجاه القائل برضائية عقد لبيع عقار الغير: اختلف الفقهاء في حكم بيع عقار الغير في ثلاثة آراء:

- صحة بيع عقار الغير قبل التسجيل

يقول، هذا الرأي، ان عقد بيع العقار المملوك للغير أصبح صحيحا، لأن بيع العقار لم يعد ناقلا للملك بذاته بل بالتسجيل، فانعدمت فيه علة بطلان بيع ملك الغير، لكن متى تم تسجيله، توفرت فيه علة بطلان بيع ملك الغير وصار باطلا. ومؤدى ذلك، أن بيع عقار الغير يقع صحيحا ما دام لم يسجل ثم ينقلب باطلا بالتسجيل، وما يكون للمشتري إلا، حق فسح البيع لعدم قيام البائع بالتزامه بنقل الملكية. وقد اعترض على هذاالرأي، أنه لا يسوغ القول بأن عقدا ما يقع صحيحا ثم ينقلب باطلا لسبب تالى لانعقاده، ولا يكون لتسجيل العقود دخل في تصحيح ما كان منها باطلا، أو إبطال ما كان صحيحا[1].

ونخلص، مما تقدم، الى عدم صحة هذا الرأي، إذ ان القانون المصري لم يجعل للتسجيل قوة تصحيح العقود الباطلة ولا قوة إبطال العقود الصحيحة.

- بيع عقار الغير صحيحا قبل التسجيل وبعده

حاول، هذا الرأي، أن يبرر حجة بطلان ملك الغير، هو أن الملكية في البيع يتعين انتقالها في الحال، وما دام بيع عقار الغير لا ينتج هذا الأثر، فيكون بيع عقار الغير صحيحا قبل التسجيل وبعده لإنتفاء علة البطلان[2].

غير، اعترض على هذا الرأي، أنه من الممكن ان تتجه إرادة المتعاقدين إلى نقل الملكية حالا، إلا أنها لا تنتقل بالفعل لسبب خارج عن إرادتهما، إلا أن ما يمنع ذلك، هو ضرورة التسجيل الذي أوجبه القانون لا إرادة الطرفين[3].

- بيع عقار الغير باطل بعد صدور قانون التسجيل

ذهب هذا الرأي إلى أن بيع عقار الغير يقع باطلا حتى بعد صدور قانون التسجيل سواء سجل العقد أو لم يسجل. وأن قانون التسجيل لم يغير من طبيعة عقد بيع العقار، لأنه لا

---

1 – جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المدني المصري، ج 4، ص193 ما يلي: « إن التسجيل لا يبطل عقدا صحيحا ولا يصحح عقدا باطلا، فلو كان بيع عقار الغير صحيحا قبل التسجيل فإنه ينبغي إن يستمر صحيحا بعده »؛ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج8، المرجع السابق، ص286؛ سليمان مرقس، المرجع السابق، ص ص725-726.

2 – رمضان جمال كمال، المرجع السابق، ص139؛ حلمي بهجت بدوي، "بطلان بيع ملك الغير"، مجلة القانون والاقتصاد، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، العدد الثاني، السنة الأولى، شهر جوان 1931، ص560.

3 – عبد المنعم البدراوي، عقد البيع، المرجع السابق، نبذة 401؛ أنور سلطان، المرجع السابق، ص401.

يزال عقد ناقل للملكية، اذ يتراخى انتقال الملكية إلى حين تسجيل العقد، وهذا التراخي لا يمنع من اعتبار علة بطلان بيع عقار غير المتوفرة فيه من وقت انعقاده، فيقع باطلا ويظل باطلا بالرغم من تسجيله. وهو ما قررته المادة 466ف/1 من التقنين المدني المصري المطابقة للمادة 375 مدني جزائري، ليكون هذا البيع قابلا للإبطال لمصلحة المشتري، سواء قبل التسجيل أم بعده[1].

وحجة هذا الرأي، ان قانون التسجيل لم يغير من طبيعة بيع ملك الغير، إذ لا زال البيع ناقلا للملكية، وإن كانت الملكية تتراخى إلى أن يتم التسجيل، وبالتالي يجب القول ببطلان بيع ملك الغير لمصلحة المشتري سواء قبل تسجيل العقد أو بعد تسجيله.

ب- الاتجاه القائل بشكلية بيع العقار: يمثل القانون العراقي والأردني كما أسلفنا، فيترتب على تخلف هذه الشكلية بطلان العقد، وحكم بيع ملك الغير في هذه القوانين هو توقف العقد على إجازة المالك.

ويتضح لنا، من ذلك، مدى التعارض الذي وقعت فيه هذه القوانين، فبينما كان الحكم في بيع ملك الغير هو تطبيق النص الوارد في القانون المدني وهو توقف آثار البيع على ارادة المالك فيكون الحكم في بيع عقار الغير حسب قوانينها هو بطلان كل بيع يتم خارج دائرة التسجيل، وتكون هذه القوانين فرقت في الحكم بين بيع المنقول وبيع العقار الذي اشترطت فيه اجراءات شكلية. وبذلك يكون بيع عقار الغير باطلا في القانونين، لأن من شروط بيع ملك الغير، أن نكون امام بيع ناقل للملكية مباشرة، وهو ما لا يتوافر في عقد بيع العقار، لأن بموجب هذه القوانين هو باطل، ما لم يسجل في دائرة التسجيل.

رأينا في الموضوع

إنّ بيع ملك الغير لا ينفذ إلا بعد إقرار المالك الحقيقي، ولو سبق، للمشتري أن أجازه، بينما العقد القابل للإبطال فهو عقد منتج لكافة آثاره إلى غاية أن يطلب إبطاله من صاحب الحق.

لكن، لو اعتبر بيع ملك الغير موقوف الأثر لا استبعد التناقض الموجود بين طبيعة عقدين مختلفين من حيث الأساس، وأبعد أيضا كل الجدل الفقهي حول تأصيل بطلان بيع ملك الغير وطبيعته.

إنّه أيضا، يستبعد القول بأن أساس بطلان بيع ملك الغير هو نص خاص في القانون، الذي لا يفسر إلا تسليم بالعجز عن تأصيل بطلان بيع ملك الغير، والذي اختلف فيه شراح القانون

1 – سليمان مرقس، المرجع السابق، ص726؛ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج 8، المرجع السابق، ص287.

المدني الفرنسي في تفسيره كونه يتعارض مع القواعد العامة، مما جعل البعض منهم يطالبون بإلغائه والعودة إلى ما كان متبعا في ظل القانون الروماني والقانون الفرنسي القديم[1].

وأخيرا، ولما كان منطق عقد البيع يقتضي التملك والتمليك فهذا الأساس لا يتفق مع ثلاثية بيع ملك الغير في القانون، الذي هو عقد بيع أولا، وأنه لا ينشأ أثرا إلا بعد إقرار المالك ثانيا، وقابل للإبطال من ناحية المشتري ثالثا[2].

وعلى ذلك، نقول، بأنه كان يجدر بمشرعنا الأخذ بنظرية العقد الموقوف، لأنها صناعة فقهية دقيقة وشاملة تستبعد كل الجدل الفقهي وتؤدي إلى استقرار المعاملات ولأنه يحقق حماية أكثر للمالك الذي بيع ملكه بدون إذنه، بينما في العقد القابل للإبطال ان نفاذ عقد البيع قبل إجازته أو إبطاله يتحقق من جرائه ضررا بصاحب الشأن كالمالك الذي يباع ملكه بدون إذنه فقد لا يريد بيع المبيع الذي ورد فيه التصرف دون إذنه وإقراره؛ وهو أحسن ما فعل المشرع العراقي في المادة 135 من التقنين المدني[3] على النص بوقف نفاذ العقد على إجازة المالك الحقيقي بدلا من القول بقابليته للإبطال وللفسخ.

الفرع الثاني

أحكام بيع ملك الغير

إنّ بيع ملك الغير منعقد صحيحا لكنه موقوف لا ينتج آثاره إلا بعد إجازته من مالكه، فيكون لهذا التصرف وجود قانوني ولكن موقوف في أثره، فلا تنتقل ملكية المبيع إلى المشتري ومنه يتوقف التزام المشتري بدفع الثمن. إنّ هذا التصرف بالبيع ينشا علاقة بين البائع والمشتري مثل عقد البيع إلا أن هذا البيع لا ينتج آثاره في الحال وإنما يبقى وحاله إلى غاية أن يعلن المالك الحقيقي عن إجازته للبيع[4].

---

1 - MAZEAUD, Op. Cit, p.77.

2 – عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق، ص130.

3 – تنص المادة 135 مدني عراقي على ما يلي: « 1 – من تصرف في ملك غيره بدون إذنه انعقد تصرفه موقوفا على إجازة المالك. 2 – فإذا أجازه المالك تعتبر إجازة توكيلا ويطالب الفضولي بالبدل إن كان قد قبضه من العاقد الآخر.

3 – وإذا لم يجز المالك تصرف الفضولي بطل التصرف وإذا كان العاقد الآخر قد أدى للفضولي البدل فله الرجوع عليه به، فإن هلك البدل في يد الفضولي بدون تعد منه وكان العاقد الآخر قد أداه عالما انه فضولي فلا رجوع له بشيء منه وإذا سلم الفضولي العين المعقود عليها لمن تعاقد معه فهلكت في يده بدون تعد منه فللمالك أن يضمن قيمتها أيهما شاء. فإذا اختار تضمين أحدهما سقط حقه في تضمين الآخر ».

4 – محمد يوسف الزعبي، المرجع السابق، ص534؛ ياسين محمد الجبوري، المرجع السابق، ص231.

إنّ التشريعات العربية لم تقم بتعريف بيع ملك الغير لكن قامت بتنظيم أحكامه. فنظم التقنين المدني الجزائري بيع ملك الغير في المواد 397، 398، 399 المطابقة في الأحكام لنصوص المواد 466، 467، 468 مدني مصري مع اختلاف طفيف في بعض العبارات[1].

لذا، سنتطرق أولا إلى بيان أحكام هذا البيع فيما بين المتعاقدين، ثم نبين بعدها أحكامه بالنسبة إلى المالك الحقيقي في الفقه الإسلامي وفي التشريعات التي سارت على الفقه الغربي.

أولا – أحكام بيع ملك الغير في الفقه الإسلامي:

سنبدأ أولا ببيان احكام هذا البيع فيما بين المتعاقدين، ثم نبين بعد ذلك احكامه بالنسبة للمالك الحقيقي.

1- حكمه فيما بين المتعاقدين: إنّ بيع ملك الغير عقد صحيح موقوف على إجازة المالك الحقيقي، فإن أجازه نفذ وإن رفض صار في حكم الباطل أي كأن لم يكن.

إنّ الحنفية يرون أن بيع ملك الغير قبل إجازته قابل للفسخ من جهة الفضولي (البائع) الذي له حق نقض البيع الصادر منه قبل إجازته من المالك، وأنه حتى ولو أن المالك أجازه بعد ذلك فإن العقد لا ينفذ لزوال العقد الموقوف. إنّ العلة في منح البائع حق الفسخ قبل الإجازة هي حتى يدفع الحقوق عن نفسه قبل ثبوتها لأنه بعد الإجازة يصبح وكيلا عن المالك فيطالب بالتسليم ويخاصم بالعيب وفي ذلك ضرر به. أما المالكية يرون أن بيع ملك الغير لازم للطرفين أي البائع والمشتري وغير لازم بالنسبة للمالك[2].

وقد نصت المادة 550 من التقنين المدني الأردني على: « 1 – إذا باع شخص ملك غيره بغير إذنه جاز للمشتري أن يطلب فسخ البيع ». والمقصود من ذلك أن البائع أي الفضولي ليس له حق فسخ البيع بإرادته المنفردة، أما المشتري فله ذلك بشرط أن يعمل خياره بالفسخ قبل أن يعلن المالك عن إجازته أو رفضه للعقد[3].

---

1 – المواد 436/434 من القانون المدني السوري مطابقة للمواد المصرية؛ المواد 455 إلى457 مدني ليبي؛ المادة 385 مدني لبناني والمادة 509 مدني كويتي متفقة في الحكم مع التقنين المصري والجزائري؛ والمواد 135 و136 مدني عراقي التي تعتبر بيع ملك الغير موقوفا على إجازة المالك غير ان التقنين الجزائري والمصري يعتبره قابل للإبطال.

2 – الكاساني (بدائع الصنائع، ج 6، المرجع السابق، ص581) جاء فيها: « ولو فسخه البائع قبل الإجازة انفسخ واسترد المبيع إن كان قد سلم... وكذا إذا فسخه المشتري ينفسخ... »؛ محمد جبر الألفي، الفضالة؛ المرجع السابق، ص ص70 –71؛ عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق، ج 4، المرجع السابق، ص189.

3 – لقد قضت محكمة تمييز دبي في جلسة 2 من أفريل 1994، مجلة القضاء والتشريع، العدد 5، نوفمبر 1997، ص276 ما يلي: « من المقرر انه إذا باع شخص ملك غيره بغير إذنه انعقد البيع موقوفا على إجازة المالك فإذا لم يجزه فإن للمشتري طلب فسح عقد البيع، ويترتب على الفسخ إعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل التعاقد فيسترد المشتري ما يكون قد دفعه... ».

إنّ الإجازة التي يقوم بها المشتري لا تلزم المالك الذي يتجاهل ما ورد من بيع في ملكه، فهي إجازة لا ترتب أثرها في نفاذ العقد وإنما يقتصر أثرها على المشتري الذي يسقط حقه في المطالبة بإبطال العقد ويصير العقد بعده لازم له[1].

وهو ما قضت به الفقرة الثانية من المادة 550 من التقنين المدني الأردني ما يلي: « ولا يسري البيع في حق مالك العين المبيعة ولو أجازه المشتري »[2].

لكن، إن كان للمشتري حق الفسخ وحق الإجازة إلا انه إذا تملك البائع محل البيع بعد صدورالبيع بأي سبب من أسباب الملكية كالميراث أوالوصية أوالعقد فإن هذا البيع يصبح لازما له. وهو ما قضت بها الفقرة 2 من المادة 551 أردني حيث جاء فيها: « وينقلب صحيحا في حق المشتري إذا آلت ملكية المبيع إلى البائع بعد صدور العقد »[3].

2- حكمه بالنسبة للمالك الحقيقي: ان المالك الحقيقي يكون أجنبيا عن البيع فيكون هذا التصرف موقوفا الأثر في حقه، ولا ينفذ هذا البيع بحقه فلا تنتقل ملكية المبيع إلى المشتري ولا الثمن إلى البائع[4]، وتأسيسا على ذلك فإن المالك يستطيع أن يتصرف في المبيع بأي تصرف قانوني كالبيع أو الهبة أو الإيجار ويجعل بذلك التصرف بالبيع في ملكه باطلا.

سنبحث في الحالة التي يعلن فيها المالك عن إجازته للبيع أي إقراره، ثم في الحالة الثانية، في رفضه إجازة البيع.

الحالة الأولى: في حالة إجازة المالك للتصرف

إذا أقر المالك البيع الذي تم بين البائع والمشتري فإنه يصبح طرفا في العقد فيكون نافذا في حقه وفي حق المتعاقدين ويصير العقد لازما للمشتري الذي لم يسبق أن استعمل حقه في الفسخ أو الإجازة[5].

---

1 – منصور مصطفى منصور، مذكرات في القانون المدني، العقود المسماة: البيع والمقايضة والايجار، دار المعارف بمصر، 1956-1957، ص ص243-249 وما بعدها؛ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج 4، المرجع السابق، ص290؛ لبيب شنب، شرح احكام عقد البيع، المرجع السابق، ص84.

2 – المقابلة للمادة 606 من قانون المعاملات المدني الإماراتي.

3 – يلاحظ أن صياغة هذه الفقرة جاءت معيبة لأن العقد الموقوف صحيح في حق المشتري قبل مأل ملكية المبيع إلى البائع بعد صدور العقد وعليه يستحسن أن تصحح هذه الفقرة وتكون (ويصبح العقد نافذا في حق المشتري...) وهو ما أخذت به المادة 606 مدني إماراتي؛ أما في القانون المدني المصري حسب المادة 467ف/2 فهي تقلب العقد صحيحا في حق المشتري والمطابقة للمادة 398ف/2 مدني جزائري.

4 – محمد جبر الألفي، الفضالة، المرجع السابق، ص69؛ محمد زكي عبد البر، المرجع السابق، ص36.

5 – تنص المادة 550 فـ2 من التقنين الأردني على: « إذا باع شخص ملك غيره بغير إذنه جاز للمشتري أن يطلب فسخ البيع »؛ المطابقة للمادة 137 من القانون المدني العراقي؛ والمادة 605 من القانون المدني الإماراتي.

وعليه يصبح المبيع ملك للمشتري مع نمائه والثمن للبائع منذ صدور العقد لأن الفضولي ينقلب إلى وكيل[1]. وقد اختلف الفقه في تحديد أثر الإقرار بالنسبة للمالك المقر حيث يرى البعض أن العقد الذي أقر يبقى مرتبا لالتزاماته بين المتعاقدين، أي في جانب البائع بنقل الملكية وقد انتقلت بإقرار المالك ويلتزم بضمان الاستحقاق وضمان العيوب الخفية، أما في جانب المشتري فيكون ملتزما بدفع الثمن والمصروفات وبتسلم المبيع[2].

وقد يرى فريق آخر أن المالك ينضم إلى البائع في العقد ويصبحان ملتزمان بالتضامم أي مسؤولين مسؤولية مجتمعة في مواجهة المشتري كما يلتزم المشتري في مواجهتهما معا[3].

ورأي آخر يرى بأن الإقرار يعد اعتمادا لما قام به البائع فيحل المالك المقر محل البائع في جميع حقوقه والتزاماته في العقد وتقوم العلاقة بينه وبين المشتري مباشرة، وتبرأ ذمة البائع من الالتزامات التي أنشاها عقد البيع. وعليه يكون للمشتري مطالبة المالك بتسليم المبيع كما يكون له الرجوع على المالك بضمان الاستحقاق وضمان العيوب الخفية، كما يكون للمالك مطالبة المشتري بالثمن وبتسلم المبيع[4]. وهو الرأي الذي نرجحه. وأثر نفاذ البيع يستند إلى وقت إبرامه لا إلى وقت الإجازة طبقا للقاعدة القائلة « الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة » وترتيبا على ذلك يصبح المبيع ملكا للمشتري مع نمائه والثمن للبائع منذ صدور العقد لأن الفضولي ينقلب إلى وكيل. ويذهب رأي سائد في الفقه إلى أن إقرار المالك الحقيقي الذي يمنع المشتري من طلب الإبطال هو الذي يصدر قبل أن يرفع المشتري دعوى إبطال البيع، لأنه إذا صدر الإقرار بعد ذلك فانه لا يحول دون الحكم بالإبطال على أساس أن المحكمة تنظر الدعوى بالحالة التي كانت عليها وقت رفعها[5].

الحالة الثانية: في حالة رفض المالك لإجازة البيع

إذا رفض المالك إجازة التصرف فإن البيع لا يكون له أثرا لا فيما بين المتعاقدين ولا

---

1 – بن الهمام، شرح فتح القدير، ج 5، المرجع السابق، ص312؛ جامع الفصولين، لابن قاضي، ج 1، المرجع السابق، ص231؛ عبد القادر الفار، مصادر الحق الشخصي في القانون المدني، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2004، ص105.

2 – عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج 4، المرجع السابق، ص298؛ جميل الشرقاوي، البيع والمقايضة، المرجع السابق، ص112.

3 – سمير عبد السيد تناغو، عقد البيع، دار منشاة المعارف، الاسكندرية، 2005، ص358.

4 – طاهر خليفة السيسني، المرجع السابق، ص244.

5 – محمود رضا الخضيري، تطبيق القانون في الدعاوى المدنية، دعوايا صحة التعاقد وصحة التوقيع، 1989، ص217 وما يليها.

في مواجهة المالك[1]، فلو كان البائع قد سلم المبيع إلى المشتري وتسلم البائع الثمن، فيعاد الأطراف إلى الحالة التي كان عليها سابقا أي قبل صدور البيع، فيجب على البائع إعادة الثمن للمشتري سواء علم أو لم يعلم بأن المبيع ملك للغير وكذلك على المشتري بإعادة المبيع إلى المالك فإن استحال ذلك قام بالتعويض[2]. واذا كان المبيع قد سلم الى المشتري وهلك وجب ان ترد قيمته الى المالك لأن يده يد ضمان وليس يد مالك[3].

وإن إعادة الحال إلى ما كانت عليه سابقا، يصبح أمرا متعذرا إذا كان الشيء المبيع ما زال قائما وكان من المنقولات التي لا يحتاج انعقادها إلى شكل معين، لأن الحيازة في المنقول سبب لكسب الملكية، وهو ما قضت به المادة 835 تقنين مدني جزائري، ومقتضى ذلك، فإن البائع إذا تصرف في ملك غيره المنقول إلى مشترى حسن النية، بأن كان لا يعلم بأن المبيع ليس ملكا للبائع وكان يستند في حيازته إلى سبب صحيح وهو عقد البيع، فان المشتري يتملك المبيع وفقا هذا السبب.

أما إذا كان المشتري سيء النية، أي يعلم أن المبيع غير مملوك للبائع أو لم تستند حيازته إلى سبب صحيح، فانه لا يتملك المبيع، ومن ثم يستطيع المالك استرداد المبيع حتى من الحائز[4].

ثانيا – حكم بيع ملك الغير في التشريعات التي سارت على نهج الفقه الغربي:

نعرض إلى التشريعات التي اقتبست نظرية البطلان لبيع ملك الغير من الفقه الفرنسي واعتبرته بيعا باطلا معتمدين على بعض النصوص القانونية.

تناول التقنين المدني الفرنسي بيع ملك الغير في المادة 1599 وتنص على: « بيع ملك الغير باطل ويكون هناك محل للتعويضات إذا كان المشتري يجهل أن العين مملوكة للغير »[5].

---

1 – عبد القادر الفار، المرجع السابق، ص 106 جاء فيها: « أما إذا رد المالك العقد واعلن عدم اجازته فان العقد يسقط ولا يستطيع المالك اجازته بعد ذلك، لان الساقط لا يعود ».

2 – أحمد علي المرتضي، المرجع السابق، ص129

3 – عبد القادر الفار، المرجع السابق، ص106.

4 – انظر ما سبق مناقشته تحت عنوان الآثار المترتبة على رفض الإجازة ص201. وتنص المادة 506 فـ2 من القانون المدني الأردني: « ولا يمنع علم المشتري بأن المبيع ليس ملكا للبائع من رجوعه بالثمن عند الاستحقاق ».

5 - Art. 1599: « La vente de la chose d'autrui est nulle elle peut donner lieu à des dommages intérêts lorsque l'acheteur a ignoré que la chose est à autrui ».

وهو نص قد اختلف رأي الشراح الفرنسيين في تفسيره لأنه يتعارض مع القواعد العامة حتى أن بعضهم طالبوا بإلغاءه والعودة إلى ما كان متبعا في ظل القانون الروماني والقانون الفرنسي القديم انظر:

MAZEAUD, Op. Cit, p.695.

وكان القانون الروماني يعتبر البيع من عقود التراضي فإن البائع يلتزم بتمكين المشتري من وضع يده على المبيع والانتفاع به وحيازته حيازة هادئة ولنقل الملكية يجب إتباع شكليات المعروفة في هذا القانون منها=

ويؤخذ على هذه المادة أنها اقتصرت بالنص على بطلان بيع ملك الغير دون بيان طبيعته، وهو الأمر الذي جعل القضاء الفرنسي يسد هذا القصور بأن يقرر أن هذا البيع لا يكون نافذا في حق المالك إلا إذا أقره[1].

كما تناول التقنين المدني المصري بيع ملك الغير في المادة 466 التي تنص:

« إذا باع شخص شيء معين بالذات وهو لا يملكه جاز للمشتري أن يطلب إبطال البيع ويكون الأمر كذلك ولو وقع البيع على عقار سجل العقد أو لم يسجل.

وفي كل حال لا يسري هذا البيع في حق المالك للعين المبيعة ولو أجاز المشتري العقد ».

وقد حذا المشرع الجزائري حذو المشرع المصري في نص المادة397 من التقنين المدني[2] غير ان الفقرة الثانية من المادة تقضي: « وفي كل حالة لا يكون هذا البيع ناجزا في حق مالك الشيء المبيع ولو اجازه المشتري ».

لكن الأمر يختلف لما أخذ به القانون المدني الجزائري والقانون المصري في طبيعة حق المشتري في إبطال العقد، لأن العقد المبرم بين المشتري والبائع يعد صحيحا منتجا لآثاره، إلا أنه نظرا لأن من أهم آثار عقد البيع نقل ملكية المبيع إلى المشتري وهو التزام يقع على عاتق البائع، فإنه قد لا يستطيع الوفاء به نظرا لعدم ملكيته لهذا المبيع، وتفاديا لهذا الموقف أعطى المشرع لمشتري ملك الغير حق طلب إبطال العقد.

أما في القانون الجزائري والمصري، فإن إجازة المشتري لبيع ملك الغير ليس من شأنه أن يجعل العقد ساريا بحق المالك، وإنما يعتبر ذلك، نزولا عن حقه في المطالبة بإبطال العقد[3].

=الأشهاد أو التنازل القضائي ولم يلتزم البائع بنقل الملكية إلا إذا نص على ذلك صراحة في العقد. ولذلك بيع ملك الغير كان صحيحا عند الرومان لأن البائع لا يلتزم إلا بتمكين المشتري من حيازة المبيع ولو لم يكن البائع مالكا للمبيع لاحتمال ألا يتعرض المالك الحقيقي للمشتري في وضع يده؛ عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق، ص123؛ محمد جبر الألفي، الفضالة، المرجع السابق، ص54.

1 – وهو ما جعل المشرع العراقي يطبق أحكام الفقه الإسلامي في هذا الصدد فاعتبر بيع ملك الغير موقوفا على إجازة مالكه مخالفا بذلك النص القانون المصري 466 والنص الفرنسي 1599.

2 – يلاحظ أن صياغة المادة باللغة العربية غير موفقة في كلمة **(ناجزا)** بينما النص باللغة الفرنسية أكثر دقة وصوابا لأنها تعني عدم النفاذ في حق المالك **(opposable)** وهو ما وفق في صياغتها المشرع المصري.

3 – وقد قضت المحكمة العليا بالجزائر بقرار رقم 106893 مؤرخ في 1993/12/22 المجلة القضائية لسنة 1994، العدد 3، ص29، بأنه: « من المقرر قانونا انه إذا باع شخص شيئا معينا بالذات وهو لا يملكه، فللمشتري الحق في طلب إبطال البيع ولا يكون هذا البيع ناجزا في حق مالك الشيء المباع ولو أجازه المشتري ».

كما قضت المحكمة العليا بالجزائر بقرار رقم 216365 بتاريخ 2000/01/12 المجلة القضائية، السنة 2001، العدد 1، ص132، بأنه: « إذا باع شخص ملك الغير فلا يكون هذا البيع نافذا في حق مالكه الا بإذن منه. ولما=

نتناول كل من حكم بيع ملك الغير بالنسبة للمشتري، وبالنسبة للبائع، ثم بالنسبة للمالك الحقيقي في النقاط التالية:

1- حكم بيع ملك الغير بالنسبة للمشتري

للمشتري الحق في طلب إبطال البيع والحق في طلب فسخ العقد والحق في طلب التعويض، نبين كل ذلك في النقاط التالية:

أ- حق المشتري في طلب إبطال البيع

أجاز المشرع للمشتري حق طلب إبطال البيع حتى ولو كان سيء النية، أي يعلم منذ البداية بأن البائع ليس مالك المبيع، ولا يؤثر في طلبه حسن نية البائع بأن كان يجهل عدم ملكيته للمبيع[1].

غير، أن هناك فريق في الفقه[2]، عكس الحكم السابق، من ينفي عن العقد وصف البيع إذا كان المشتري عالما بذلك، ويقول هذا الرأي بذلك نكون خارج نطاق نص المادة 466 مدني مصري المطابقة المادة 397 مدني جزائري، وبالتالي لا يحق للمشتري طلب الإبطال، وهذا الرأي أبعد كونه يتعارض مع صريح المادة السالفة.

إنّ عقد بيع ملك الغير صحيح منتج لآثاره، إلى أن يقضى بإبطاله وعليه، يلتزم البائع بتسليم المبيع ونقل الملكية للمشتري وفي المقابل يلتزم المشتري في دفع الثمن المتفق عليه.

أما إذا قضي بإبطال العقد، عاد الطرفان إلى الحالة التي كان عليها قبل انعقاد العقد بأثر رجعي. وإذا تمسك المشتري بالإبطال فيطالب ذلك بواسطة رفع دعوى مبتدأة لاسترداد الثمن، أو عن طريق الدفع الذي يبديه في دعوى البائع بالثمن[3].

- أسباب سقوط حق المشتري في طلب الإبطال

يسقط حق المشتري في طلب الإبطال في الصور التالية:

=فصل قضاة الموضوع بإبطال عقد بيع الشقة (موضوع النزاع) لاستناده إلى عقد باطل بموجب قرار إداري تضمن بطلان البيع لوقوعه من لا يملك المبيع فانهم بفصله هكذا تطبيقا لاحكام المادة 397 يكونون قد طبقوا القانون تطبيقا سليما مما يتعين رفض الطعن ».

1 – خميس خضر، المرجع السابق، ص267؛ محي الدين إبراهيم سليم، المرجع السابق، ص28؛ نبيل إبراهيم سعد، العقود المسماة، المرجع السابق، ص162؛ رمضان أبو السعود، العقود المسماة، المرجع السابق، ص112.

2 – جميل الشرقاوي، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص80، سليمان مرقس، عقد البيع، المرجع السابق، ص ص702–703؛ سمير عبد السيد تناغو، عقد البيع، المرجع السابق، ص356.
MAZEAUD, Op Cit, p.97. ; AUBRY ET RAU, Op.Cit, p.40. ;
MALAURIE ET AYNES, Op.Cit, p.122.

3 - AUBRY ET RAU, Op. Cit, p.40. محمد حسن قاسم، عقد البيع، ص 154؛
COLIN ET CAPITAN, Op Cit, n 869.

– بالتقادم: إذا مضت مدة 5 سنوات من وقت علم المشتري بأن البائع لا يملك المبيع أو مضت 10 سنوات من وقت تمام العقد، مع أن هذا التقادم لا يؤثر في حق المالك[1].

– بإجازة المشتري للبيع بعد علمه بعدم ملكية البائع للمبيع. وفي هذه الحالة، يصبح بيع ملك الغير صحيحا بين المتعاقدين. كما انّ لهذه الإجازة أثر رجعي، اذ يعتبر البيع صحيحا من يوم ابرام العقد وليس من يوم صدور الإجازة من المشتري. ويكون للمشتري بعد إجازة هذا العقد، إن يتمسك بحقه بالفسخ في حالة عدم إمكانية البائع نقل ملكية المبيع اليه، إضافة الى حقه في المطالبة بالتعويض إن كان له موجب، طبقا لأحكام المادة 371 من التقنين المدني الجزائري المطابقة للمادة 439 مدني مصري. يكون للمشتري الرجوع على البائع بالضمان في حالة تعرض المالك الحقيقي له، بأن رفع المالك على المشتري دعوى استحقاق وثبت استحقاقه للمبيع، فيكون للمشتري في هذه الحالة الرجوع على البائع بالتعويض[2].

– إقرار المالك الحقيقي للبيع طبقا لأحكام المادة 398 جزائري مطابقة للمادة 476 مصري ف1 التي تنص: « إذا اقر المالك البيع سرى مفعوله عليه وصار ناجزا في حق المشتري ».

– تملك البائع للمبيع بعد إبرام العقد[3]، وهو ما قضت به المادة 398ف/2، وكذلك يعتبر البيع صحيحا في حق المشتري، إذا اكتسب البائع ملكية المبيع بعد انعقاد البيع.

ب– حق المشتري في طلب فسخ البيع

قد تصادف البائع صعوبات تحول دون تمكنه من نقل الملكية للمشتري فلا يكون أمامه إلا طلب فسخ العقد، أما إذا تعرض المالك الحقيقي أو غيره للمشتري فلهذا الأخير الرجوع على البائع بضمان التعرض والاستحقاق تطبيقا للقواعد العامة في عقد البيع كما له حق فسخ العقد[4].

---

1 – تنص المادة 101 من القانون المدني الجزائري على: « يسقط الحق في إبطال العقد إذا لم يتمسك صاحبه خلال خمس (05) سنوات. ويبدأ سريان هذه المدة في حالة نقص الأهلية من اليوم الذي يزول فيه هذا السبب وفي حالة الغلط والتدليس من اليوم الذي يكشف فيه، وفي حالة الإكراه من يوم انقطاعه، غير إنه لا يجوز التمسك بحق الإبطال لغلط أو تدليس أو إكراه من يوم انقطاعه، غير إنه لا يجوز التمسك بحق الإبطال لغلط أو تدليس أو إكراه إذا انقضت عشر (10) سنوات من وقت تمام العقد ».

2 – رمضان ابو السعود، العقود المسماة، ص117؛ خميس خضر، المرجع السابق، ص300؛ سنرجع إلى ذلك بالتفصيل للحديث عن علاقة المالك الحقيقي بالمشتري.

3 – نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص164؛ جميل الشرقاوي، العقود المدنية، المرجع السابق، ص112؛ خميس خضر، المرجع السابق، ص300، محمد محي الدين إبراهيم سليم، المرجع السابق، ص33.

4 – سليمان مرقس، عقد البيع، المرجع السابق، ص ص704–705؛ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج 4، المرجع السابق، ص294؛ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص138؛ وتنص المادة 399 مدني جزائري على ما يلي: « إذا أبطل البيع في صالح المشتري بمقتضى حكم، وكان المشتري يجهل أن البائع كان لا يملك المبيع، فله أن يطالب بالتعويض ولو كان البائع حسن النية ».

ج- حق المشتري في طلب التعويض

للمشتري الحق في طلب التعويض إذا قضي له بإبطال البيع، لكن بشرط أن تكون نيته حسنة، أي أنه كان يجهل عدم ملكية البائع للمبيع. فاذا كان حسن النية، فله طلب التعويض عما لحقه من خسارة وما فاته من كسب، أما إذا كان سيء النية، فلا يكون له إلا الحق في طلب الإبطال وليس له المطالبة بالتعويض[1]. ويستحق التعويض إذا كان حسن النية، بصرف النظر عن البائع سواء كان حسن النية أو سيئها، وهو ما قضت به المادة 399 مدني جزائري المطابقة للمادة 468 مصري[2].

فحسن أو سوء نية البائع، لا تاثير لها على حق المشتري في طلب الإبطال. والسبب في قصر طلب الإبطال على المشتري، يرجع الى الضرر الذي يلحق به من جراء عدم انتقال الملكية اليه. أما البائع، فهو في مأمن من أي ضرر، لأنه هو الذي يجب أن يعرف ما إذا كان يملك المبيع أو لا يملكه، فإذا كان عالما بانه غير مالك فهو مخطىء إذا باع ما لا يملك، أما إذا كان يجهل بعد ملكيته، فهو أيضا مخطىء لأنه يجب عليه أن يعلم، ولا يجوز له الاستناد الى خطئه في كلتا الحالتين. فالبائع لا يتضرر من شيء، وبالتالي لا محل لحمايته عن طريق منحه الحق في إبطال البيع[3].

2- حكم بيع ملك الغير بالنسبة للبائع

القاعدة، أنه ليس للبائع حق طلب إبطال البيع طبقا للمادة 397 جزائري والمادة 466 مصري، إلا أنه قد يثور تساؤل: ما مصير البيع الذي يكون فيه البائع حسن النية، أي أنه يجهل عدم ملكيته للمبيع، أو يعتقد أنه يبيع ما يملك؟

فحسب المادة السالفة، لا يجوز له ذلك، لكن، هناك رأي في الفقه[4]، يرى بأنه يجوز للبائع طلب الإبطال إذا توافرت في حقه شروط الغلط، ويكون الإبطال في هذه الحالة، ليس

---

1 – سليمان مرقس، عقد البيع، المرجع السابق، ص711؛ نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص163.

2 – إسماعيل غانم، المرجع السابق، ص27؛ جميل الشرقاوي، العقود المدنية، المرجع السابق، ص111 وما يليها؛ منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، ص247.

3 – سليمان مرقس، المرجع السابق، ص704؛ نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص163؛ رمضان أبو السعود، العقود المسماة، المرجع السابق، ص115.

4 – عبد المنعم البدراوي، عقد البيع، المرجع السابق، ص213 جاء فيها:

« لكن هناك رأي في الفقه الفرنسي يذهب إلى إن البائع صاحب حق كالمشتري تماما في طلب إبطال البيع، أي حتى ولو كان البائع سيء النية وقت البيع، على شرط إن يطالب الإبطال قبل تسليم المبيع للمشتري، أما إذا كان قد سلم المبيع للمشتري فلا يجوز له طلب طلب استرداده لأن طلب الاسترداد لا يقبل الا من المالك الحقيقي، فهو الذي يكون له وحده حق رفع دعوى الاستحقاق واسترداد المبيع ».

لورود البيع على ملك الغير وإنما لتعيب إرادة البائع نتيجة وقوعه في غلط.

لكن، نحن نرى، أن هذا الرأي يصطدم بصريح نص المادة 397 جزائري الذي يقصر طلب الإبطال على المشتري وهو مقرر لمصلحة المشتري وأن النص جاء على سبيل الاستثناء، زيادة عن ذلك، ان للمشتري الحق في أن يطالب بالتعويض ولو كان البائع حسن النية، لما قررته المادة 399 جزائري.

3- حكم بيع ملك الغير بالنسبة للمالك الحقيقي

نواجه، بصدد هذه الحالة، فرضين: إما أن يقر المالك البيع وإما أن لا يقره.

الحالة الأولى: إقرار المالك للبيع

إذا أقر المالك البيع، فيسقط حق المشتري في طلب الإبطال، ويسري العقد في حقه من تاريخ الإقرار إذا كان البيع منقولا ومن تاريخ تسجيل الإقرار، إذا كان المبيع عقارا. فلو كان محل البيع عقارا ورتب عليه المالك رهنا قبل إقراره لهذا البيع، وقام الدائن المرتهن بقيد رهنه ثم بعده أقر المالك البيع، فإن ملكية العقار تنتقل إلى المشتري محملة بالرهن الرسمي[1].

فإذا أقر المالك التصرف أصبح بائعا للمشتري، ومن ثم يعفى البائع من التزاماته، ويحل محله المالك الحقيقي، وعلى هذا الأساس، يحق لهذا الأخير، مطالبة المشتري بالثمن ومطالبة البائع بما يكون قبضه من المشتري، كما يكون للمشتري حق مطالبة المالك المقر بتسليم المبيع كما له حق الرجوع عليه بالتسليم وبضمان التعرض والاستحقاق وبضمان العيوب الخفية، وفي المقابل يلتزم المشتري بدفع الثمن والمصروفات وبتسلم المبيع[2].

الحالة الثانية: عدم إقرار المالك الحقيقي للبيع

إنّ البيع الذي وقع على ملكه لا يسري في حقه، فبذلك له تجاهله، وله أن يتصرف في العين وكأنه لم يرد عليها البيع. وما إجازة المشتري للبيع إلا سقوط حق الإبطال منه، وأصبح البيع صحيحا، إلا أن ذلك في حدود العلاقة فيما بين المشتري والبائع له، أما المالك الحقيقي، فهو خارج هذا النطاق وأجنبي عنه. فيكون للمالك، أن يرجع على المشتري الذي تسلم المبيع بدعوى الاستحقاق بل وبالمطالبة بالتعويض، إذا كان سيء النية. أما إذا كان

1 – عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج4، المرجع السابق، ص ص297– 298؛ سليمان مرقس، عقد البيع، المرجع السابق، ص707؛ محمد محي الدين إبراهيم سليم، المرجع السابق، ص51؛ خميس خضر، المرجع السابق، ص ص301–302.

2 – نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص167؛ سمير تناغو، عقد البيع، ص388؛ رمضان أبو السعود العقود المسماة، المرجع السابق، ص ص119–120.

المشتري حسن النية، فلا يستطيع المالك مطالبته بالتعويض، ولا يلتزم المشتري برد الثمار، لأنه قد حصل عليها أثناء حيازة المبيع وإنه اكتسب هذه الثمار بالحيازة[1].

الفرع الثالث

طبيعة جزاء بيع ملك الغير

لقد اختلفت نظرة شراح القانون المدني بصدد هذه النصوص القانونية، في طبيعة جزاء ملك الغير، وتأصيل هذا الجزاء من الناحية القانونية، فمنهم، من يدعي باحترام صراحة النص[2] أي بالبطلان المطلق إلى قائل بالفسخ، وقائل بالإبطال إلى قائل بالوقف، ونتطرق لكل هذه الآراء والانتقادات الموجهة لها، لنصل إلى الرأي المفضل والأكثر صوابا.

أولا – فسخ بيع ملك الغير:

يذهب هذا الرأي[3] إلى أن جزاء بيع ملك الغير هو القابلية للفسخ وليس البطلان، لأن البائع إذا لم ينفذ التزامه بنقل الملكية، يكون قد أخل بالتزامه، فيكون بالتالي، للطرف الآخر طلب فسخ العقد لعدم التنفيذ، وهو ما جعل المشرع يخول للمشتري حق طلب فسخ العقد، وأن المشرع لما نظم بطلان بيع ملك الغير في المادة 1599 مدني فرنسي والمادة 466 مدني مصري، فهو في الواقع، نظم الفسخ لعدم التنفيذ.

الانتقادات الموجهة لهذا الرأي:

– إنّه رغم وجاهة هذا الرأي وقوة أساسه، فانه يتناقض مع صريح المادة 1599 مدني فرنسي والمادة 466 مصري، التي تنص على البطلان وليس الفسخ، وإنه حتى لو قصد المشرع الفسخ، لا غنى عن نص خاص بالبطلان، وإنما يترك ذلك للقواعد العامة.

– إنّ طلب الفسخ يشترط أولا إعذار المدين في مقابل استعداد الدائن للقيام بتنفيذ

---

1 – عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج 4، المرجع السابق، ص296؛ محي الدين إبراهيم سليم، المرجع السابق، ص 4؛ رمضان أبو السعود، العقود المسماة، ص119.

2 – جميل الشرقاوي، شرح العقود المدنية، المرجع السابق، ص117 يقول: « إن المشرع المصري لم ينظم في الواقع إلا الفسخ لعدم التنفيذ، وتكييف نظام معين يجب أن لا يؤخذ من تسميته بل ينظر إلى القواعد التي تحكمه... وليس أدل على ذلك من أنواع كثيرة من البيوع لا يترتب عليها نقل الملكية ومع ذلك فهي صحيحة كبيع المثليات وبيع الأموال المستقبلة وغيرهما ».

MAZEAUD, Op. Cit, p. 96.
COLIN ET CAPITANT, Op. Cit, p. 869.

3 – رمضان جمال كمال، المرجع السابق، ص ص114–115؛ سليمان مرقس، عقد البيع، المرجع السابق، ص714.

التزامه، وهو الشيء غير المتوفر في بيع ملك الغير[1].

– فإن كان جزاءه الفسخ، لكان للقاضي سلطة تقديرية طبقا للقواعد العامة، فيكون له الخيار في إما بقبول طلب الفسخ، أو أن يأمر بالتنفيذ، وهو الأمر المخالف في بيع ملك الغير، فالقاضي لا يملك إلا أن يستجيب لطلب الفسخ طبقا لصراحة النص القانوني القاضي بالبطلان هذا من جهة، ومن جهة أخرى، لما استطاع القاضي أن يقضي بالفسخ لو تمكن البائع من نقل الملكية بعد رفع الدعوى[2].

ثانيا – بيع ملك الغير بيعا باطلا بطلانا مطلقا:

يرى أنصار هذا الرأي، وما جاء في المادة 1599 مدني فرنسي، أن بيع ملك الغير بيعا باطلا بطلان مطلق[3] إما لانعدام السبب، كون أن التزام المشتري لا يقابله التزام من جانب البائع، فيكون البائع فيه عاجزا عن نقل الملكية إلى المشتري، وإما إلى استحالة المحل استحالة مطلقة، لأن البائع لا يستطيع نقل ملك الغير إلى المشتري فور العقد[4].

أما ما ورد في نص المادة بالتزام البائع بتعويض المشتري فإن أساسه ليس العقد وإنما خطا البائع في بيع ما لا يملك[5].

الانتقادات الموجهة لهذا الرأي:

– إنّ الأخذ بنظرية البطلان المطلق في بيع ملك الغير، يتعارض ويتناقض حتما مع الآثار المعتبرة التي ينتجها تصرف بيع ملك الغير، ومنها، من الممكن أن البائع يلتزم بنقل ملكية المبيع غير المملوك له، ثم يحصل على ملكيته فينفذ التزامه.

– إنّ استحالة محل التزام البائع بنقل الملكية فور العقد، هي استحالة نسبية وليست مطلقة، بدليل انه، لو اقر المالك التصرف أصبح البيع ساريا في حقه، وكذلك الأمر، لو تملك البائع المبيع بعد البيع فينفذ التزامه، لذا لا مجال للاستحالة المطلقة هذا من جهة، ومن جهة أخرى، فإذا لم يقم البائع بتنفيذ التزامه ولم ينقل ملكية المبيع إلى المشتري، فالجزاء المترتب على ذلك يكون الفسخ وليس البطلان المطلق[6].

---

1 – طبقا لنص المادة 119 تقنين مدني جزائري المطابقة للمادة 157 تقنين مدني مصري.

2 – رمضان أبو السعود، شرح العقود المسماة، المرجع السابق، ص133؛ خميس خضر، المرجع السابق، ص304.

3 – جميل الشرقاوي، البيع والمقايضة، المرجع السابق، ص117.

4 – سليمان مرقس، عقد البيع، المرجع السابق، ص717.

5 – في المعنى عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج 4، ص277؛ منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، ص ص253 – 254.

6 - BAUDRY ET SAIGNAT, Op. Cit, p.108-109. =

إنّ البطلان المطلق يتمسك به كل ذي مصلحة، طبقا للمادة 141 من التقنين المدني المصري والمادة 102 جزائري، غير أن البطلان المنصوص عليه في بيع ملك الغير لا يتمسك به إلا المشتري[1].

ثالثا – بيع ملك الغير باطلا بطلانا نسبيا:

ظهر رأي آخر، في الفقه والمحاكم في فرنسا وفي مصر، يذهب إلى أن جزاء بيع ملك الغير هو البطلان النسبي، لاعتبار أن هذا النوع من البطلان هو الذي يسمح بترتيب جميع الأحكام التي رتبت على بيع ملك الغير، إذ يخول للمشتري فقط، بطلب إبطال العقد، وإجازة هذا العقد من طرف المالك الحقيقي[2].

غير أن الفقهاء اختلفوا حول تأسيس هذا البطلان، فمن قائل، أنه راجع إلى غلط المشتري في صفة جوهرية في البائع وهي كونه مالكا، ومن قائل، أنه راجع إلى غلط في صفة جوهرية في المبيع كونه مملوك للبائع[3] وآخر من الشراح، قال إن هذا البطلان خاص بعقد البيع ومقرر في حالة خاصة بنص القانون، ولا يستمد من القواعد العامة[4]، لأنه يمكن للمالك، وهو أجنبي عن العقد أن يجيزه بإقراره هذا، من جهة، ومن أخرى، أن هذا العقد ينقلب صحيحا بمجرد أن يصبح البائع مالكا للمبيع عن طريق الميراث أو الهبة مثلا، لكنه اعترض على هذا الرأي:

– إنّ الغلط المفسد للرضا يشترط أن يكون جوهريا طبقا للمادة 81 مدني جزائري المطابقة للمادة 121 مصري – إنّ المشرع قد خول للمشتري حق الإبطال سواء كان يعلم

=يرون أن التقنين المدني الفرنسي جعل الجزاء البطلان لا الفسخ ولكن الفسخ يكون أوفق؛ عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق، ص126؛ محمد حبار، المرجع السابق، ص133؛
رمضان جمال كمال، المرجع السابق، ص119؛ MAZEAUD, Op.Cit, p.695.

1 – محمد محي الدين سليم، المرجع السابق، ص10؛ CARBONNIER, Op.Cit, p.43.

2 – عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج 4، المرجع السابق، ص277؛ منصور منصور مصطفى، المرجع السابق، ص259؛ عبد المنعم البدراوي، المرجع السابق، ص ص416 –417؛ رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص133.

3 – ويذهب الفقيه جوسران (JOSSERAND (alinea 1045 إلى: « أن بيع ملك الغير الباطل يفترض دائما فيه أن المشتري حسن النية وأنه يجهل أن الشيء مملوك لغير البائع ».
وعكس هذا الراي الفقيهان: COLIN ET CAPITANT. المرجع السابق، ص577 والمشروع الفرنسي الإيطالي في التقنين المدني نص في المادة 234 على بطلان بيع ملك الغير حيث جعل أساس بطلانه الغلط؛
COLLART DUTILLEUL ET DELEBEQUE, Op, Cit, p 95.

4 – عبد الرزاق السنهوري الوسيط، ج 4، المرجع السابق، ص281؛ عبد المنعم البدراوي، المرجع السابق، ص417؛ محي الدين إبراهيم سليم، المرجع السابق، ص ص11 – 12.

أو يجهل بملكية البائع للمبيع أو عدم ملكيته له[1].

إنّ اعتبار البيع باطل بطلان نسبي لا يتفق مع أحكام بيع ملك الغير للاسباب التالية:

– إن صاحب الحق في الإبطال في بيع ملك الغير هو المشتري وحده وليس المالك، بينما في القواعد العامة، نجد أن المشرع خصص طلب الإبطال لناقص الأهلية أو من شاب ارادته عيب من عيوب الارادة، اذ المشرع في العقد القابل للإبطال قصد حماية ناقص الأهلية ومعيب الارادة، بينما في بيع ملك الغير قصر المشرع طلب الإبطال على المشتري وحده، وإن كان المشرع حمى كذلك المالك الحقيقي.

– فحسب القواعد العامة، نجد أنه في إجازة العقد القابل للإبطال يصبح العقد قابل للإبطال وساريا في حق الاطراف جميعا، بينما نجد انه في بيع ملك الغير، إذا أجاز المشتري البيع سار في حقه وبقي غير نافذ في حق المالك الذي يعتبر أجنبيا عن العقد.

– إنّه في العقد القابل للإبطال، ينتج العقد آثاره ولو لم يطالب بإبطاله أو إجازته، بينما الامر يختلف في بيع ملك الغير، إذ أن نقل الملكية لاتتحقق حتى لو لم يطلب المشتري إبطال البيع، استنادا الى المبدأ القائل « فاقد الشيء لا يعطيه ».

– إن بيع ملك الغير قد يصدر من بائع كامل الأهلية ولم يشب إرادته عيبا من عيوب الرضا فقد تتوفر فيه جميع أركان الانعقاد وتتحقق كل شروط الصحة ومع ذلك يبقى البيع قابلا للإبطال لصالح المشتري على عكس القواعد العامة في العقد القابل للإبطال.

نخلص مما تقدم، إنّ أحكام العقد القابل للإبطال تختلف عن الأحكام التي قررها المشرع لبيع ملك الغير، وإن كان هذا الاخير، قابلا للإبطال لمصلحة المشتري وحده، وإنّ العقد القابل للإبطال في القانون الوضعي يكون في الحالات التالية: – حالة تصرف ناقص الأهلية الدائر بين النفع والضرر، – حالة وجود عيب يشوب إرادة أحد المتعاقدين، – حالة وجود نص خاص في القانون كما في بيع ملك الغير.

وإنّ القول، بأنه بطلان من نوع خاص لا يعتبر، إلا تسليما بالعجز عن رد أحكام بيع ملك الغير، كما هي مقررة في القواعد العامة.

ونظرا، لقصور كل هذه النظريات، فإن الفقه الفرنسي الحديث ذهب إلى القول أن دعوى بطلان بيع ملك الغير ما هي إلا دعوى ضمان استحقاق مسبق، إذ يسبق المشتري في رفعها قبل أن يرفعها المالك الحقيقي ضده، فإن كان المطبق في دعوى الاستحقاق هو الانتظار حتى يتعرض

1 – حلمي بهجت، المرجع السابق، ص591؛ محمد حبار، المرجع السابق، ص134؛ رمضان جمال كمال، المرجع السابق، ص122.

له المستحق تعرضا قانونيا فيلجأ إلى رفعها، فإنه في حالة بيع ملك الغير يرفعها مسبقا[1].

رابعا – نظرية تحول العقد:

يرى جانب من الفقه، أن بيع ملك الغير باطل بطلان مطلق لاستحالة المحل استحالة مطلقة في الظروف الخارجية المحيطة بالبائع، غير أن هذا العقد يمكن أن يتحول من بيع ناقل للملكية إلى عقد بيع منشئ لالتزام بنقل الملكية، طبقا لنظرية تحول العقد[2] المعروفة في القواعد العامة، متى ثبت أن نية الطرفين المحتملة كانت تنصرف إلى ذلك، وقد فرض المشرع فرضا غير قابل لإثبات العكس في انصراف نية البائع المحتملة إلى تحول عقد البيع، ولذلك لم يسمح المشرع للبائع أن يتمسك ببطلان العقد الذي قصد إبرامه ولو أنه بطلان مطلق، أما انصراف نية المشتري إلى ذلك فمفروض إلا أن يثبت العكس، فإذا تمسك المشتري بإبطال البيع فقد ثبت العكس وأنه لم تنصرف نيته إلى التحول[3].

يؤخذ على هذا الرأي:

– إن هذا الرأي يتعارض مع النص الذي يقطع بأن بيع ملك الغير قابل للإبطال، لا باطل بطلان مطلق[4].

– ففي عدم تنفيذ البائع لالتزامه بنقل ملكية شيء لا يملكه، يكون الجزاء الفسخ وليس البطلان المطلق[5].

وطبقا للمادة 144 مدني مصري التي تقابل المادة 105 مدني جزائري، فانها تشترط أن تكون نية المتعاقدين تنصرف وقت إبرام العقد إلى العقد الجديد بدلا من العقد الباطل، وليس بعد ذلك[6].

---

1 – محمد حبار، نظرية بطلان التصرف، المرجع السابق، ص134.

2 – منصور مصطفى منصور في مرجعه البيع والمقايضة والايجار، المرجع السابق، ص258 يرى: « أن الالتجاء إلى نظرية تحول العقد الباطل لا يفيد في تفسير أحكام بيع ملك الغير، لأن تحول العقد يستلزم انصراف النية المحتملة إلى العقد الآخر كما يقول المشرع في المادة 144 مدني مصري ونص المادة 1599 مدني فرنسي ». وتنص المادة 105 من القانون المدني الجزائري: « إذا كان العقد باطلا أو قابلا للإبطال وتوفرت فيه أركان عقد آخر فإن العقد يكون صحيحا باعتباره العقد الذي توفرت أركانه، إذا تبين إن نية المتعاقدين كانت تنصرف إلى إبرام هذا العقد » .

3 – عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج 4، المرجع السابق، ص ص279 – 280؛ خميس خضر، المرجع السابق، ص305.

4 – رمضان جمال كمال، المرجع السابق، ص ص126–139؛ محي الدين ابراهيم سليم، المرجع السابق، ص14.

5 – عبد المنعم البدراوي، العقود المسماة، المرجع السابق، ص416.

6 – عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج4، المرجع السابق، ص350 وما بعدها يقول: « فنظرية تحول العقد تقتضي أن=

خامسا – وقف بيع ملك الغير:

يرى أنصار هذا الرأي، أن بيع ملك الغير عقد موقوف على النحو المعروف في الفقه الإسلامي، فهو عقد غير نافذ في حق المالك، وكونه هكذا يجعله عديم الأثر فيما بين المتعاقدين وليس باطل بطلانا مطلقا أو نسبيا، فهو موقوف الأثر على إقرار المالك الحقيقي، لأنه إذا اقره أنتج جميع آثاره تجاه المتعاقدين واتجاه المالك، أما إذا لم يقره فالعقد يظل معدوم الأثر[1].

تقدير هذه النظرية: إنّه رغم، وجاهة هذا الرأي وفائدته العملية، إلا أنه، لا يمكن تطبيقه لا في القانون المدني الفرنسي لصريح المادة 1599، ولا في التقنين المدني المصري لنص المادة 466، ولا في القانون الجزائري طبقا للمادة 397 وذلك، للأسباب التالية:

– إنّ الأخذ بنظرية العقد الموقوف، يصطدم مع صريح النص القانوني الذي يقضي بأن بيع ملك الغير باطل بطلان نسبي، وهو التنظيم الذي يجعل العقد ينتج آثاره من وقت إبرامه، ما عدا انتقال ملكية المبيع إلى المشتري، في حين أن العقد الموقوف لا يرتب أثرا فيما بين المتعاقدين، قبل إقراره من المالك الحقيقي.

– إنّ نظرية العقد الموقوف المعروفة في الفقه الإسلامي لا يمكن الأخذ بها في القانون المصري ولا الجزائري، باعتبارها مصدرا من مصادر هذا القانون، إلا حيث لا يكون نص تشريعي يمكن تطبيقه[2]. بينما في بيع ملك الغير، فالنص صريح لاعتباره عقد قابل للإبطال، فيجب تطبيق النص.

=تكون نية كل من المتعاقدين المحتملة تنصرف وقت العقد لا بعد ذلك إلى العقد الجديد بدلا من العقد الباطل ونية المشتري المحتملة ستتعصى على هذا التأويل. فأما أن تكون هذه النية قد انصرفت احتمالا إلى العقد الجديد منذ البداية، فلا يجوز إثبات العكس، وينبغي ألا يجوز تبعا لذلك للمشتري أن يطلب إبطال البيع. وأما ألا تكون قد انصرفت إلى العقد الجديد، فلا يكون ذلك تحول، وينبغي أن يبقى البيع باطلا بطلانا مطلقا، وهذا ما يتعارض مع النص الصريح ».

1 – محي الدين إسماعيل علم الدين، "الطبيعة القانونية لرهن ملك الغير"، مجلة ادراة قضايا الحكومة، العدد الثاني، السنة الخامسة والعشرون، أفريل جوان 1971، ص85 يقول: « إن الرأي الصحيح هو أن العقد لا يعتبر باطلا بحال من الأحوال فهو استوفى شروط الانعقاد وصدر ممن يعتبر أهلا له، وإن كان لا ولاية له على العين محل التعاقد. والعقد عند انعدام الولاية يعتبر عقدا موقوفا أي أن أثره يظل معلقا على إرادة من له الولاية. فإذا صدر الإقرار نتج العقد جميع آثاره من وقت صدوره أما قبل ذلك فالعقد لا اثر له، ولو أجازه المتعاقد الآخر ولذلك لا يمكن القول بأن العقد قابل للإبطال وتصححه الإجازة. وهذه الإجازة هي عبارة عن نزول العاقد الآخر عن حقه في الرجوع. والعقد قبل الرجوع يصلح محلا للإقرار، أما بعده فلا يمكن أن يرد عليه الإقرار، وإذا كان البائع لا يتحلل من العقد فذلك لأن العقد الموقوف قد رتب للمتعاقد الآخر حقا موقوفا، وإذا كان المتعاقد الآخر لا يستطيع النزول عن هذا الحق، فالطرف الأول لا يستطيع ذلك، وهذا الحق ليس حق الملكية، بل هو حق احتمالي منشؤه العقد الموقوف الذي يضع المتعاقدين في مركز قانوني أشبه ما يكون بما ركز المتعاقدين في الفترة التي تسبق العقد ».

2 – عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج4، ص280 وفي المعنى نفسه سليمان مرقس، عقد البيع،=

سادسا – قابلية بيع ملك الغير للإبطال بموجب نص خاص في القانون:

إزاء الانتقادات الموجهة للآراء التي حاولت تأصيل بطلان بيع ملك الغير في ظل النظريات التقليدية للقانون المدني، ظهر رأي آخر، يحترم صراحة نص المادة 466 مصري المقابلة للمادة 397 مدني جزائري، ويذهب إلى القول، بأن بيع ملك الغير قابل للإبطال لحماية المشتري، كما أنه بطلان استثنائي أنشأته الإرادة التشريعية بموجب نص خاص، هو نص القانون، وهو غير مستمد من القواعد العامة. وهو في الوقت نفسه، غير سار في حق المالك الحقيقي[1].

إنّ هذا الرأي يؤسس موقفه بما يلي:

– إنّ العقد القابل للإبطال عقد منشأ لكافة آثاره، حتى يستعمل صاحب حق الإجازة رفض العقد، وهو ما يخالف بيع ملك الغير، الذي لا ينتج أثره قبل إقرار المالك للعقد.

– إنّ إجازة من خوله القانون حق الإبطال في بيع ملك الغير لا تؤدي إلا، إلى سقوط حقه في الإبطال، ولكن، لكي ينفذ العقد، يجب إقرار المالك الحقيقي حتى يستقر نهائيا، بينما إجازة العقد القابل للإبطال في القواعد العامة تؤدي إلى استقرار العقد نهائيا[2].

– حالة ما إذا تملك البائع المحل المعقود عليه، لا يبقى للمشتري حق طلب إبطال البيع، هذا طبقا لنص المادة 467 مدني مصري المقابلة للمادة 398ف/2 من التقنين المدني الجزائري وكذالك الأمر، لو أقر المالك الحقيقي البيع.فهي ميزات خاصة به، تخالف قواعد القابلية للإبطال.

وقد أخذ بهذا الرأي، كثير من الشراح في الفقه المصري[3] واعتبره من نوع خاص، لا يستمد أوجهه من القواعد العامة، ونظرا لأن المشتري في بيع ملك الغير يستطيع إبطال هذا البيع قبل أن يتعرض له المالك الحقيقي، فقد قال، كثير من الشراح في الفقه الفرنسي

=المرجع السابق، ص719؛ رمضان ابو السعود، المرجع السابق، ص135. وفي حالة عدم وجود نص: قد يصح الأخذ بنظرية العقد الموقوف في موضوع مجاوزة الوكيل لحدود الوكالة، فيكون عقده موقوفا على إجازة الموكل إذ لا نص يمنع من الأخذ به.

1 – تقول المذكرة الإيضاحية للتقنين المدني المصري مجموعة الأعمال التحضيرية، ج 4، ص193: « البطلان هنا خاص أنشأه النص »؛ نقلا عن: عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق، ص127؛ منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، ص263؛ حلمي بهجت، المرجع السابق، ص599؛ محمد جبر الألفي، الفضالة، المرجع السابق، ص60؛

PLANIOL ET RIPERT, Op. Cit, p. 392. « il faut donc admettre que l’article 1599 établit une nullité particulière spéciale au contrat de vente».

DUTILLEUL, DELEBECQUE, Op Cit, p.112 : (il en résulte que seul l’acheteur peut agir en nullité.le vendeur ne le peut pas, conformément au principe selon lequel « qui doit garantir ne peut evincer ».)

2 – محمد سعيد جعفور، بيع الفضولي، المرجع السابق، ص 39.

3 – خميس خضر، المرجع السابق، ص ص325 – 326؛ رمضان جمال كامل، المرجع السابق، ص124 وما بعدها.

الحديث، أن دعوى بطلان بيع ملك الغير ليست إلا دعوى ضمان استحقاق معجلة، أو أنها تكملة لأحكام الضمان[1].

المطلب الثاني

شراء الفضول لملك الغير

كما يتصرف الفضولي ببيع ملك الغير، قد يتصرف أيضا بالشراء للغير، فيشتري لهذا الغير شيئا معينا بالذات دون أن يكون وكيلا ولا نائبا، فقد تناولنا في الموضوع السابق، بيع ملك الغير وأحكامه، سنتناول تبعا لذلك، حكم هذا الشراء. لقد سبق الذكر، أن فقهاء الشريعة الإسلامية قد اتفقوا على نفاذ التصرف في حق الفضولي في حالة رفض صاحب الشأن إجازة التصرف، وهذا بصدد بيع ملك الغير، لكن ماهو موقفهم في شراءه للغير؟

لذا، نتناول شراء الفضولي للغير في الفرعين التاليين: في رأي الفقه الإسلامي (الفرع الأول)، وفي أدلة الفقهاء (الفرع الثاني).

الفرع الأول

رأي الفقه الإسلامي في شراء الفضولي لملك الغير

لقد اختلفت أنظار الفقهاء المسلمون في هذه المسألة، وانقسموا بشأنها إلى فريقين:

أولا: فريق كل من المالكية والحنابلة في إحدى الروايتين والشافعية في المذهب القديم، وهم لم يفرقون فيه بصدد تصرف الفضولي بين بيعه ولا شراءه. ويقولون أن شراء الفضولي، كبيعه، ينعقد موقوفا على إجازة المشتري له، سواء أضيف التصرف إلى الفضولي نفسه، أم إلى المشتري له[2].

ثانيا: فريق كل من الحنفية وبعض الشيعة، وهم يفرقون بين بيع الفضولي وشراءه للغير[3]، ويرون أن شراء الفضولي ينعقد موقوفا على إجازة المشتري له، لكن بشرط أن يضيف الإيجاب والقبول إلى المشتري له. وأنّه إذا اشترى الفضولي لغيره شيئا، فإنه لا يخرج عن حالتين، وهما: إما أن يضيف العقد إلى نفسه، وإما أن يضيفه إلى غيره[4].

---

1 – أنور سلطان، عقد البيع والمقايضة، المرجع السابق، ص330؛ منصور مصطفى منصور، العقود المسماة، المرجع السابق، ص ص261 – 264.

2 – جاء في مواهب الجليل (للحطاب، ج 4، المرجع السابق، ص272) ما يلي: « لم يذكر المصنف حكم شراء الفضولي وحكمه كبيعه »؛ محمد سلام مدكور، المرجع السابق، ص626.

3 – عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق، ص135.

4 – محمد جبر الألفي، المرجع السابق، ص91.

ونستعرض الحالتين:

1- إضافة الفضولي العقد إلى نفسه: إنّ الفضولي، إذا اشترى شيئا وأضافه إلى نفسه ولم يضفه إلى الذي اشترى له، فإن العقد ينفذ في حقه، ولا يتوقف على إجازة المشتري له، وحتى لو أجازه المشتري له، لأن الإجازة ترد على العقد الموقوف وليس على العقد النافذ، ولأن الإنسان في الأصل، يبرم التصرفات لنفسه لا لغيره. فيصبح الفضولي بحكم هذا العقد النافذ مشتريا لنفسه، فهو المالك لما اشترى والمدين بثمنه، وله أن يبيع ما اشترى إلى الغائب بعقد مبتدأ، إلا أنّه إذا كان الفضولي ناقص الأهلية أو كان محجورا عليه، كونهما ليس من أهل لزوم العهدة، فيتوقف الشراء إذن، على إجازة من اشترى له ضرورة[1].

2- إضافة العقد إلى غيره: حتى يضاف شراء الفضولي إلى الغير، ويكون الشراء موقوفا، ينظر فيه، إلى الصيغة المستعملة في الإيجاب والقبول[2]، ولذلك أربع وجوه، نوضحها كما يلي:

الحالة الأولى: إذا قال البائع بعت هذا الشيء بكذا لفلان، ويرد الفضولي اشتريت لفلان، أو يقول قبلت فقط، فإن الشراء يضاف إلى المشتري له ويتوقف على إجازته.

الحالة الثانية: إذا قال البائع بعت لفلان ويرد المشتري اشتريت لأجله، أو يقول فقط قبلت، فالشراء يضاف إلى المشتري له ويتوقف على إجازته.

ويعلل الفقهاء موقفهم في الحالتين السابقتين، بأن الشراء أضيف إلى الغير فيكون موقوفا، ولو أجازه الغير، وإن كان الأصل في التصرفات لنفسه إلا انه يمكن أن يجعله لغيره كالوكيل[3].

الحالة الثالثة: إذا قال البائع بعت لك، فيرد المشتري قبلت، وكان ينوي أن يكون الشراء لفلان، ففي هذه الحالة ينفذ الشراء على الفضولي نفسه.

ويعلل موقفه، بأنه لا توجد إضافة إلى الغير لا في الإيجاب ولا في القبول، وحتى وان وجدت في أحدهما، فلا تتوقف أيضا، لأنه يعتبر شطر في العقد، والشطر في العقد لا يتوقف[4].

---

1 – الكساني (بدائع الصنائع، ج5، المرجع السابق، ص150) جاء فيها: « الفضولي إذا اشترى شيئا لغيره فلا يخلو إما إن أضاف العقد إلى نفسه وإما أن أضافه إلى الذي اشترى له، فإن أضافه إلى نفسه كان المشتري له سواء وجدت الإجازة من الذي اشترى له أو لم توجد لأن الشراء إذا وجد نفاذا على العاقد نفذ عليه ولا يتوقف لأن الأصل أن يكون تصرف الإنسان لنفسه لا للغير وقال تعالى: ﴿ ... **مَا كَسَبَتْ وَعَلَيْهَا مَا اكْتَسَبَتْ**... ﴾ »؛ مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص544؛ صلاح الدين شوشاري، المرجع السابق، ص48.

2 – رد المختار لابن عابدين، ج 4، ص144؛ ابن نجيم، فتح القدير، ج6، المرجع السابق، ص162.

3 – جاء في بدائع الصنائع (للكاساني، ج 5، ص150) ما يلي: « تصرف الإنسان وإن كان له على اعتبار الأصل إلا أن له ان يجعله لغيره بحق الوكالة وغير ذلك وهنا جعله لغيره فينعقد موقوفا على إجازته ».

4 – وجاء في المرجع نفسه، ص151 ما يلي: « ولو قال الفضولي للبائع اشتريت منك هذا العبد بكذا لأجل فلان =

الحالة الرابعة: إذا قال البائع بعت لك ويرد المشتري أنه اشتري لفلان بكذا، فإن هناك خلاف في المذهب، فمن يقول بالبطلان لعدم التوافق بين الإيجاب والقبول.

إنّ الحنفية، يرون بوجوب توافق الإيجاب بالقبول لإضافة الشراء للغير، ففي حالة عدم توافق الإيجاب بالقبول يكون البطلان، فلا تكفي إذن الإضافة من جانب واحد.

الفرع الثاني

أدلة الفقهاء في شراء الفضولي لملك الغير

يخلص، مما سبق ذكره، في هذا الموضوع، إن شراء الفضولي لا يخرج عن ثلاث آراء وهي:

الرأي الأول: رأي المالكية والحنابلة، يرون بوقف شراء الفضولي للغير وقفا مطلقا ليس فيه تمييز بين البيع ولا الشراء في الإضافة، سواء كان لنفسه أو للغير، بشرط أن يجيزه المشتري له فقط[1].

ويستدلون رأيهم بالنص من الكتاب بالسورة قال تعالى ﴿ **يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آَمَنُوا لا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلاَّ أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ...** ﴾[2].

إنّ الآية يجب بإطلاقها، حيث أنها لم تميز بين ما كان التصرف نافذا أو موقوفا.

أما استدلالهم من السنة، حديث عن عروة البارقي، لما النبي صلى الله عليه وسلم سلم له دينارا ليشتري به أضحية فاشترى شاتين، فباع أحدهما بدينار وجاء إلى النبي بشاة ودينار فدعا له النبي بالبركة، فكان لو اشترى ترابا ربح فيه[3].

ويرون في الحديث الصريح، بأن الشراء كالبيع فيه مبادلة مال بمال، ولما كان بيع الفضولي يتوقف على الإجازة، فالشراء أيضا يكون موقوفا على إجازة صاحب الشأن.

الرأي الثاني: رأي الشافعية في المذهب الجديد والحنابلة في الرواية الأخرى في

=فقال بعت أو قال البائع للفضولي بعت منك هذا لفلان فقال اشتريت لا يتوقف وينفذ الشراء عليه لأنه لم توجد الإضافة إلى فلان في الإيجاب والقبول إنما حدثت في أحدهما ».

1 – الكاساني، المرجع السابق، ص147؛ حاشية الدسوقي، المرجع السابق، ج 4، ص12؛ ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج 4، ص144.

2 – سورة النساء، الآية 29.

3 – قد سبق أن تناولنا موضوع صحة الاستدلال بهذا الحديث في المطلب الثالث من المبحث الاول للباب الأول تحت عنوان مشروعية العقد الموقوف.

المذهب وكذلك الظاهرية، ويقولون ببطلان الشراء[1].

استدلوا من الكتاب، بقوله تعالى: ﴿ ... **وَلا تَكْسِبُ كُلُّ نَفْسٍ إِلاَّ عَلَيْهَا...** ﴾[2]

ويستدلون رأيهم بالآية الكريمة، أن كل ما يشتريه الإنسان يكون له لا للغير، سواء قصد من الشراء لنفسه أو لغيره، وإذا أراد أن يضيفه للغير، عليه أن يقوم بعقد جديد يكون بينهما. إلا حالة أن يقوم بالشراء له لكن بإذن الغير.

واستدلوا بالسنة، بقول النبي صلى الله عليه وسلم: « مَنْ **عَمِلَ عَمَلاً لَيْسَ عَلَيْهِ أَمْرُنَا فَهُوَ رَدٌّه** » فبذلك، يكون شراءه للغير ليس عملا مشروعا، فيجب رده[3]، ولكن، لما سبق، أن النبي قد أقر شراء عروة البارقي وأجازه، فيصبح هذا الاستدلال مستبعد.

الرأي الثالث: بوقف تصرف الفضولي بالشراء للغير

يرى الأحناف، أن تصرف الفضولي بالشراء للغير يكون موقوفا، إذا أضيف الشراء إلى الغير وكانت الإضافة في الإيجاب والقبول للمشتري له، أما إذا لم يضفه إلى الغير أو أضافه إلى نفسه، فينفذ عليه.

الاستدلال بالكتاب وهوبالآية الكريمة لقوله تعالى:﴿**...لَهَا مَا كَسَبَتْ وَعَلَيْهَا مَا اكْتَسَبَتْ...**﴾[4] والآية ﴿ **وَأَنْ لَيْسَ لِلإِنْسَانِ إِلاَّ مَا سَعَى** ﴾[5].

ووجه استدلالهم، أن الأصل في التصرفات، يكون للفضولي، فبذلك ينفذ التصرف في حقه ولا يتوقف، وقد يمكن له أن يجعله لغيره، إن كانت له ولاية أو وكالة من صاحب المشتري له.

أما إذا كان تصرف الفضولي بالشراء مضاف إلى الغير في الإيجاب والقبول، فالعقد يكون موقوفا على إجازة الغير، فإن رأى الشراء لمصلحته أجازه وإن رأى عكس ذلك رده[6].

---

1 – جاء في المغني (لابن قدامة المقدسي، ج 4، المرجع السابق) ص147 ما يلي: « قال أصحابنا فإذا اشترى الفضولي لغيره نظر وإن اشترى بعين مال ذات الغير ففيه قولان الجديد – بطلانه »؛ النووي، المجموع، ج 9، المرجع السابق، ص315؛ عبد المنعم البرعي، المرجع السابق، ص190؛ حسن أيوب، المرجع السابق، ص47.

2 – سورة الأنعام، الآية 164.

3 – روته السيدة عائشة رضي الله عنها عن النبي صلى الله عليه وسلم بسند صحيح السيوطي للشافعي، ج 2، ص539.

4 – سورة البقرة، الآية 286.

5 – سورة النجم، الآية 39.

6 – الكاساني، بدائع الصنائع، ج 5، المرجع السابق، ص 151؛ وقد أخذت المادة 368 والمادة 378 من مجلة الأحكام العدلية بهذا المعنى؛ عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق، ص 140 واستدلوا على القول بما يلي: « – تصرف الإنسان وإن كان بحسب الأصل، إلا أن له أن يجعله لغيره كما في الوكالة وتصرف الوكيل مشروع »؛ حسن أيوب، المرجع السابق، ص47.

إنّنا، نرى في توقف تصرف الفضولي بالبيع للغير حماية للمشتري له، إذا راء في الشراء منفعة له أجازه وإن راء عكس ذلك فله أن يرده، وبذلك يكون توحيد في حكم التصرف بالبيع وبالشراء في استقرار في المعاملات.

لكن بالنسبة للتفرقة التي اعتمدها الأحناف بين الشراء والبيع ليست عملية، والأحسن والأجدر أن يكون تصرف الفضولي موقوفا في جميع الحالات ومهما كانت صيغة العقد، كون أن المشتري له، له الحق في إجازة ذلك التصرف أو رفضه ولا ضير في ذلك، فالأمر موكول له هذا من جهة، ومن جهة أخرى، إن كانت القاعدة العامة تشترط تعدد المتعاقدين في إبرام العقود حتى تتم عملية تطابق الإرادتين، ففي حالة رجوع التصرف على الفضولي يصبح هذا الأخير أصيلا عن نفسه فضوليا عن غيره، فيكون تصرفه بهذا الصدد ليس موقوفا وإنما باطلا[1].

المطلب الثالث

ايجار ملك الغير

اشترط المشرع لنفاذ الإجارة أن يكون المؤجر مالكا للشيء المؤجر، سواء كان المؤجور منقولا أو عقارا، لذلك، نقسم هذا المطلب الى فرعين، نتناول تعريف إيجار ملك الغير في (الفرع الأول)، ثم نعرض أحكامه في (الفرع الثاني).

الفرع الأول

تعريف إيجار ملك الغير

قبل التطرق الى تعريف إيجار ملك الغير، يجدر بنا أن نعرف أولا معنى الإيجار في كل من اللغة والشرع:

في اللغة: هو الكراء، ويقال أجرت الدار من فلان، فانا مؤجر، أي إكراها منه، ويقال أجره فلان الدار، معناها إكراه إياه أي استأجرها[2].

في الشرع: تمليك المنفعة في الحال بعوض، أو هي بيع المنفعة، وهي جارية على خلاف القياس لأنها بيع المنفعة، والمنافع معدومة وقت العقد، والمعدوم لا يحتمل البيع على سبيل

1 – وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج 4، المرجع السابق، ص172.

2 – المعجم الوسيط، ص7؛ جاء في المصباح المنير، ج 1، ص6، ما يلي: « ... وأجرت الدار والعبد... فأنا مؤجر ولا يقال مؤاجر وأجرته مؤجرة عاملته معاملة. والأجرة الكراء، ويستعمل الأجر بمعنى الإجارة وبمعنى الأجرة وجمعه أجور ».

القياس، فجازت استحسانا للحاجة إليها لدفع الحرج والمشقة، لأن الله شرع العقود لمنفعة العباد[1]. وحاجتهم إلى الإجارة ماسة لأن كل واحد ليس له من الأملاك للحصول على دار لسكناها أو أرض لزرعها ولا دابة لركوبها، فهو لا يمكنه تملكها بالشراء لعدم وجود الثمن.

أولا – إيجار ملك الغير في الشريعة الإسلامية:

لفقهاء الشريعة الإسلامية ثلاثة آراء في حكم إجارة ملك الغير:

– رأي للمذهب المالكي والشافعي في المذهب القديم والحنبلي في إحدى الروايتين، انهم يرون بوقف إجارة ملك الغير، فيقولون إن إجارة الفضولي لملك الغير تنعقد موقوفة على الإجازة ممن يملكها سواء استوفيت المنفعة أو لم تستوف، فإن أجازها مضى العقد وكانت له الأجرة، وإن لم يجزها بطل العقد. فهم لم يفرقوا بين استيفاء المنفعة أو عدم استيفائها[2].

إنّ أدلة هذا الرأي، قد سبق أن أوضحناها عند الكلام عن حكم بيع ملك الغير، فلا داعي لتكرارها، لأنه يمكن الرجوع إليها في موضوع أدلة القائلين بالوقف.

– رأي للمذهب الشافعي في المذهب الجديد والحنابلة في إحدى الروايتين ببطلان إجارة ملك الغير[3].

يرون، بأن إجارة الفضولي لا تختلف عندهم عن بيعه فإنها تعتبر باطلة. وأدلتهم هي أن الولاية شرط في الانعقاد لا في النفاذ، وبذلك نحيل الرجوع إلى موضوع القائلين ببطلان بيع ملك الغير ولا داعي إلى تكرارها ثانية.

– رأي للمذهب الحنفي الذي يقوم بالتفصيل بين ما إذا كانت المنفعة قائمة لم تستوف، وبين حالة ما إذا استوفى بعضها.

1 – إذا كانت المنفعة قائمة لم تستوف، فإن الإجارة تتوقف على إجازة هذا الغير إذا كانت قد أضيفت إليه، كما في الشراء.

وأدلتهم في ذلك، أنهم يشترطون بقاء العاقدين والمعقود عليه والمجيز وقت نشوء العقد

---

1 – الكاساني (بدائع الصنائع، ج 4، المرجع السابق، ص171) جاء ما يلي: « الإجارة بيع المنفعة والمنافع للحال معدومة، والمعدوم لا يحتمل البيع، فلا يجوز إضافة البيع إلى ما يؤخذ في المستقبل، كإضافة البيع إلى أعيان تؤخذ في المستقبل، فإذن لا سبيل إلى تجويزها لا باعتبار الحال ولا باعتبار المالة فلا يجوز لها رأسا لكن استحسانا الجواز... »؛ جهاد محمد عيسى الأشقر، احكام الدين في الفقه الإسلامي، مكتبة الايمان، المنصورة، 2007، ص243.

2 – المغني لابن قدامة، ج 5، المرجع السابق، ص434؛ طاهر خليفة السيسني، المرجع السابق، ص128؛ محمد المهدي إبراهيم، المرجع السابق، ص192.

3 – النووي، المجموع، ج 9، المرجع السابق، ص259.

ووقت الإجارة في التصرف الموقوف[1].

فإذا هلكت العين المؤجرة، أو استوفيت المنفعة في الإجارة قبل الإجازة، بطل العقد ولا تلحقه الإجازة، كما يشترطون أن يضاف الاستئجار إلى الغير حتى يتوقف على إجازته، كما في شراء الفضولي[2].

2 – أما إذا لم تكن المنفعة قائمة، بأن تكون قد استوفيت أو استوفى بعضها، فإن الإجازة لا تلحق العقد في حق ما استوفى من المنافع، لأن ما استوفى من المنفعة بمنزلة عقد انتهى، فلا تلحقه الإجازة، لأن الإجازة لا تلحق إلا العقد الموجود[3]. أما إذا لم تستوفى المنفعة، فإن الإجازة تلحق العقد وأدلة رأيهم نوضحها كالآتي:

– إنّه، يشترط لورود الإجازة على التصرف الموقوف، بقاء العاقدين والمعقود عليه والمجيز، فإن استوفيت المنفعة في الإجارة وهي المعقود عليه – قبل الإجازة بطل العقد ولا تلحقه الإجازة، لاستهلاك المعقود عليه وهي المنفعة. كما يرون، أن المنفعة في الإجارة كالعين في البيع، فإن هلاك العين في البيع يمنع ورود إجازة مالك المنفعة لأنه لا يتحقق من جراء الوقف ضررا، وإنما يتحقق الضرر في القول بنفاذها.

ولقد نصت المادة 725 من مجلة الأحكام العدلية على ما يلي: « تنعقد إجارة الفضولي موقوفة على إجازة المالك فإن كان هذا صغيرا أو محجورا أو كانت الأجرة ليس فيها غبن فاحش انعقدت إجارة الفضولي موقوفة على إجازة الولي ».

ثانيا – إيجار ملك الغير في القانون:

لم يتعرض القانون لبيان إيجار ملك الغير، وهذا بخلاف بيع ملك الغير الذي قرر إمكان إبطاله لمصلحة المشتري. لقد عرّفت المادة 467 من القانون المدني الجزائري الإيجار بما يلي: « الإيجار عقد يمكن المؤجر بمقتضاه المستأجر من الانتفاع بشيء لمدة محددة مقابل بدل إيجار معلوم. يجوز أن يحدد بدل الإيجار نقدا أو بتقديم أي عمل آخر »[4].

---

1 – حسن أيوب، المرجع السابق، ص247.

2 – الكاساني (بدائع الصنائع، ج4، المرجع السابق، ص177) جاء فيها: « وأما الاستئجار من الفضولي فهو كشرائه فإن أضاف العقد إلى نفسه كان المستأجر له لأن العقد وجد نفاذا على العاقد فينفذ عليه، وإن أضاف العقد إلى من استأجر له ينظر إن وقعت الإضافة إليه في الإيجاب والقبول جميعا يتوقف على إجازته وإن وقعت الإضافة إليه في أحدهما دون الآخر لا يتوقف بل ينفذ على العاقد لما ذكرنا في البيوع... ».

3 – جاء في المرجع نفسه، ص 177 ما يلي: « وان أجاز بعد استيفاء المنفعة لم تجز إجازته وكانت الأجرة للعاقد لأن المنافع المعقود عليها قد انعدمت الا ترى أنها قد خرجت عن احتمال إنشاء العقد عليها فلا تلحقها الإجازة... »؛ طاهر خليفة السيسني، المرجع السابق، ص ص128 – 129؛ محمد بن إسماعيل العشم، المرجع السابق، ص95.

4 – وهي تطابق المادة 558 مدني مصري التي تعتبر عقد الإيجار عقد يلتزم المؤجر بمقتضاه أن يمكن المستأجر=

ولقد عرّفته المادة 722 من القانون المدني العراقي بأنه: « تمليك منفعة بعوض معلوم وبه يلتزم المؤجر أن يمكن المستأجر من الانتفاع بالمأجور »، إن هذا التعريف مأخوذ من المذهب الحنفي[1] والمذهب الحنبلي.

وإيجار ملك الغير يوجد في الواقع العملي مثل الأب الذي يؤجر أموال ابنه البالغ بدون حصول على إذن سابق منه أو المستأجر الذي يؤجر الشيء الذي استأجره[2].

وعليه، لكي نكون بصدد عقد إيجار، لا بد من توافر أركانه من رضا ومحل وسبب. والمحل في عقد الإيجار هو المنفعة الذي يتحقق تسليمها بتسليم محلها، كما انه يشترط في المنفعة أن تكون مقدورة التسليم ومعلومة علما نافيا للنزاع ومباحة قانونا، فإذا كانت متعذرة التسليم، كتأجير أحد الشركاء حصته المملوكة على الشيوع[3] أو مجهولة جهالة مفضية إلى المنازعة أو كانت مخالفة للنظام العام أو الآداب العامة، كاستئجار دار لممارسة الأعمال غير المشروعة، فلا تجوز[4].

إنّ القانون لم يتعرض لموضوع إيجار ملك الغير، على عكس بيع ملك الغير الذي نص عليه صراحة لإمكان إبطاله لمصلحة المشتري، طبقا لنص المادة 397 مدني جزائري.

وعليه، فإن إيجار ملك الغير، بخلاف بيع ملك الغير، يقع صحيحا فيما بين المتعاقدين ويترتب عليه كل آثاره فيما بينهما، لكنه لا يسري في حق المالك الحقيقي، لأن المالك ليس طرفا في العقد والذي يعتبر من الغير، وعلى هذا، فإن من يتولى تأجير شيء معين لشخص آخر دون إن يكون له حق التأجير إنما يؤجر ملك الغير، ومن ثم يكون فضوليا في تصرفه، فينعقد موقوف النفاذ على إجازة المالك أو من يقوم مقامه. وهذا، بخلاف بيع ملك الغير الذي ورد بشأنه نصوص خاصة (المواد 397 إلى 399 مدني جزائري)، الذي يستند إلى نص تشريعي خاص، والذي هو قابل للإبطال لمصلحة المشتري.

وهو موقف المشرع المصري نفسه، الذي يعتبر إيجار ملك الغير عقد صحيح منتج

=من الانتفاع بشيء معين مدة معينة لقاء أجر معين.

1 – الكاساني، بدائع الصنائع، ج 4، المرجع السابق، ص171.

2 – محمد المهدي إبراهيم، المرجع السابق، ص199.

3 – أما القانون المدني العراقي فقد أجاز في المادة 731 تأجير الشريك لحصته الشائعة لمن يشاء وهذا الحق مقيد بعدم الإضرار بباقي الشركاء.

4 – نص المادة 662 من القانون المدني الأردني التي تطابق المادة 746 من القانون المدني الاماراتي، وتنص المادة 478 من القانون المدني الجزائري على: « يسري على الالتزام بتسليم العين المؤجرة ما يسري على الالتزام بتسليم المبيع من أحكام خاصة ما تعلق منها بتاريخ ومكان تسليم الشيء المؤجر ».

لآثاره بين المتعاقدين غير قابل للإبطال أو الفسخ ما دام المالك الحقيقي لم يتعرض للمستأجر، والفسخ لا يكون، إلا إذا تعرض المالك، أما في بيع ملك الغير، فإن للمشتري أن يطلب الإبطال لا الفسخ وذلك قبل أن يتعرض له المالك الحقيقي. وفي هذا، يختلف عن البيع في هذا الشأن والذي هو قابل للإبطال لمصلحة المشتري، أما بالنسبة للمالك الحقيقي فهو غير نافذ بحقه، لأنه أجنبي عن العقد ويمكن للمالك أن يتجاهله فيؤجره إلى شخص آخر، ولكن لو اقره المالك سرى في حقه من الوقت الذي يحدده، فقد يجعله نافذا من تاريخ العقد وقد يحدد له ميعادا آخر[1].

أما القانون المدني الأردني في عقد الإيجار، تنص المادة 660 على: « 1 – يلزم لنفاذ العقد أن يكون المؤجر أو من ينوب منابه مالكا حق التصرف فيما يؤجره 2 – ينعقد إيجار ملك الفضولي على إجازة صاحب حق التصرف بشرائطها المعتبرة »، فوفقا لهذا النص، يشترط في عقد الإيجار أن يكون المؤجر مالكا لحق المنفعة في الشيء المؤجر، أو يكون نائبا عن مالكها، فإذا لم يكن كذلك، فإن تصرفه هذا يكون صادرا ممن لا يملك إصداره، فيجعله فضوليا فيه ينعقد تصرفه موقوفا على إجازة صاحب الشأن[2].

لكن، المادة الثانية من قانون المالكين والمستأجرين الأردني رقم 11 لسنة 1994 تقضي على أن من يملك حق التأجير هو من يملك حق التصرف، فيما يؤجره أو الشريك الذي يملك ما يزيد عن نصف العقار، أو الشخص الذي يخوله القانون حق إدارة العقار، أو أي شخص تنتقل إليه الملكية من المالك الأصلي[3]، فإذن، من لا يملك حق التصرف فيما

---

1 – محمد المهدي ابراهيم، المرجع السابق، ص208؛ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني: ج 6، الإيجار والعارية، دار احياء التراث المدني، بيروت، لبنان، ص67.

2 – ياسين محمد الجبوري، المرجع السابق، ص237؛ عبد القادر المومني، المرجع السابق، ص ص192– 193؛ صلاح الدين شوشاري، المرجع السابق، ص51.

3 – هو قانون خاص صادر بتاريخ 1994/8/1 نشر على الصفحة 1655 من عدد الجريدة الرسمية رقم 3994 يطبق على العقارات المعدة لغير الأغراض الاستغلال الزراعي، فتنص المادة 2 منه: « يطبق أحكام هذا القانون على جميع العقارات المؤجرة في أنحاء المملكة باستثناء ما يلي:

أ – العقارات المؤجرة لإغراض الاستغلال الزراعي وتربية الحيوان.

ب – العقارات التي يقدمها. الأشخاص الطبيعيون أو المعنويون لديهم لغايات السكن بحكم ارتباطهم بالعمل لدى أولئك الأشخاص وبسببه سواء كان السكن مقدما مقابل بدل إجارة أم دونه أو كان من قبيل الامتياز أو الحق الناجم عن العمل أو المرتبط به وكان جزءا من الأجر أو لم يكن كذلك ويعتبر حق اشغال العقار المعني في أي حالة من هذه الحالات منتهيا حكما بانتهاء ارتباط العامل بالعمل الذي قدم له السكن بسببه على أن يعطي مهلة ثلاثين يوما لإخلاء العقار.

ج – العقارات أو الأجزاء منها التي تملكها الحكومة والمؤسسات العامة أو البلديات أو المجالس القروية أو مجالس الخدمات المشتركة التي تؤجر بموجب عقود لاستثمارها مثل الفنادق والصلات وأماكن العرض والبيع ودور =

يؤجره أو دون أن يملك ما يزيد عن نصفها، أو دون أن يكون له الحق في إدارتها، يكون فضوليا، ينعقد إيجاره صحيحا موقوفا على إجازة من له الحق في مباشرتها[1].

وعليه، من يتولى تأجير شيء معين لشخص آخر دون أن يكون له حق التأجير، إنما يؤجر ملك غيره، فيكون فضوليا في تصرفه، فينعقد موقوف النفاذ على إجازة المالك الحقيقي أو من ينوبه. وقد أحسن المشرع العراقي بما ذهب إليه من اعتبار إجارة ملك الغير موقوفة على إجازة المالك، إذ نص في المادة 725 من التقنين المدني على: « تنعقد إجارة الفضولي موقوفة على إجازة المالك، فإن كان صغيرا أو محجورا وكانت الإجارة ليس فيها غبن فاحش انعقدت إجارة الفضولي موقوفة على إجازة الولي »[2].

لكن، يرى الفقيه الفرنسي بوتييه pothier، بصحة إيجار ملك الغير قياسا على البيع، لأنه كما يمكن بيع ملك الغير يمكن أن يؤجر أشياء الغير.

« de même qu'on peut vendre la chose d autrui de même on peut louer et donner a ferme la chose d'autrui ».[3]

الفرع الثاني

أحكام إيجار ملك الغير

نتناول في هذا الفرع أحكام إيجار ملك الغير فيما بين المتعاقدين ثم بالنسبة إلى المالك الحقيقي.

أولا – أحكام إيجار ملك الغير فيما بين المتعاقدين:

يكون إيجار ملك الغير في القانون المدني الجزائري والقانون المدني المصري صحيح بين المتعاقدين مرتب لآثاره بينهما، على خلاف بيع ملك الغير، وخاصة إذا التزم المؤجر بتمكين المستأجر من الانتفاع بالشيء المؤجر، فلا يجوز لأحدهما إبطاله بسبب عدم ملكية المؤجر للعين المؤجرة خاصة إذا استطاع المؤجر الوفاء بالتزامه، بتمكينه من الانتفاع، فيظل

=السينما والمنتزهات والمطاعم وغيرها.

د – أي جزء من العقار يؤجر لشخص أو أشخاص بهدف تقديم الخدمات للعقار أو للمنتفعين به ».

1 – قرار محكمة التمييز الأردنية رقم 999/533 مؤرخ في 1999/9/23، المجلة القضائية، العدد التاسع، السنة الثانية، ص 516 ما يلي: « إن الاجتهاد القضائي قد استقر إلى أن عقد إيجار أحد الشركاء والذي لا يملك ما يزيد عن نصف العقار المؤجر وفق متطلبات أحكام المادة الثانية من قانون المالكين والمستأجرين رقم 11/ لسنة 1993 لا يعتبر باطلا وإنما هو عقد صحيح موقوفا على إجازة باقي الشركاء كعقد الفضولي وفقا لمقتضيات المادة 171 من القانون المدني ».

2 – المطابقة لنص المادة 725 من مجلة الأحكام العدلية.

3 – محمد المهدي إبراهيم، المرجع السابق، ص216 وما بعدها.

الإيجار نافذا بينهما، وليس للمستأجر أن يتضرر من عدم ملكية المؤجر للعين المؤجرة ما دام متمكنا من الانتفاع.

أما إذا عجز المؤجر عن تسليم العين المؤجرة إلى المستأجر، أو لم يمكنه من الانتفاع بها كل المدة المتفق عليها، أو إذا استرد المالك الحقيقي من المستأجر العين المؤجرة، جاز للمستأجر فسخ العقد وكان له الحق في التعويض عن الأضرار المترتبة على الفسخ إذا كان حسن النية، بمعنى يجهل أن العين المؤجرة غير مملوكة للمؤجر، ولو كان المؤجر حسن النية.

وتكون العبرة، في رجوع المستأجر بتعويض على المؤجر بنية المستأجر لا بنية المؤجر. فإذا كان المستأجر حسن النية، رجع بالتعويض ولو كان المؤجر هو أيضا حسن النية، أما إذا كان المستأجر سيء النية لم يرجع بتعويض، ولو كان المؤجر مثله سيء النية[1].

ثانيا – أحكام إيجار ملك الغير بالنسبة إلى المالك الحقيقي:

إن المالك الحقيقي، قد يقر الإيجار كما قد يرفض إقراره، نتناول ذلك في النقاط التالية:

1- حالة ما إذا رفض المالك إيجار ملكه للغير

إن المالك الحقيقي ليس طرفا في العقد، وبذلك لا يسري في مواجهته، فله أن يسترد العين المؤجرة من المستأجر، إذا كان قد تسلمها وفي أي وقت شاء، كما يحق له أن يطالب المؤجر بكل ما أخذه من غلة للعين المؤجرة حتى لا يثري على حسابه بدون وجه حق، إلا إذا اثبت المستأجر، انه تملك الثمار بقبضها باعتباره حائزا حسن النية[2] طبقا لأحكام المادة 837ف/1 مدني جزائري التي تنص: « يكسب الحائز ما يقبضه من ثمار ما دام حسن النية »، التي تقابل المادة 978 مدني مصري.

كما يجوز له، أن يتجاهل كل التصرفات التي قام بها المستأجر على العين محل الإيجار. أما إذا أعلن المالك بعدم رضائه عن هذا العقد، زال هذا العقد بأثر رجعي واعتبر كأن لم يكن[3].

2- حالة ما إذا اقر المالك الحقيقي الإيجار من غيره

إن المالك الحقيقي، قبل أن يقر عقد الإيجار، لا تقوم علاقة مباشرة بينه وبين المستأجر،

---

1 – عبد الفتاح عبد الباقي، عقد الايجار، الأحكام العامة، ج 1، مطابع دار الفكر العربي، مصر، ص93؛ منصور مصطفى منصور، العقود المسماة، المرجع السابق، ص127.

2 – زهدي يكن، شرح قانون الموجبات والعقود، ج 9، إيجار الأشياء- عقد الإيجار، ص ص201-202.

3 – عبد المنعم البدراوي، العقود المسماة، الإيجار والتأمين، دار النهضة العربية، القاهرة، 1986، ص21؛ أحمد علي مدكور، تصرفات الفضولي، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، ص63.

كما ليس له أن يقاضي المستأجر مباشرة، أو أن يأخذ الحكم الصادر للمؤجر وينفذه باسمه ضد المستأجر، وإنما كل ما يستطيع فعله هو أن يحجز الأجرة تحت يد المستأجر.

سبق، أن أوضحنا، أن الإيجار الصادر من شخص ليس له صفة النيابة عن مالك العين المؤجرة وليس له حق في منفعة الشيء الذي يقوم بتأجيره، هو إيجار صحيح فيما بين المتعاقدين، وغير نافذ في حق من له حق التأجير إلا إذا اقره المالك.

فإذا أقر المالك الإيجار من غيره، فيجعله نافذا في حقه، ويتوقف تحديد الوقت الذي ينتج منه الإقرار أثره على قصد المقر[1]، لأن المالك قد يقصد أن الإقرار يرتب أثره عليه من وقت الإقرار فقط، وقد يقصد أثره من وقت انعقاد الإيجار، وهو الرأي الغالب، وقاضي الموضوع هو الذي يستخلص ذلك، ولكن الغالب أن يقصد المالك الحقيقي إقرار الإيجار منذ انعقاده بين المؤجر غير المالك والمستأجر[2]، فيحل محل المؤجر في حقوقه والتزاماته، ويصير المؤجر الأول في حكم الوكيل، فيجب عليه أن يقدم حسابا للمالك عن هذه الوكالة، وإن كان رأي آخر في الفقه، يرى إنه لا تنتقل حقوق المؤجر والتزاماته إلى المالك الحقيقي إلا إذا اتفق على ذلك[3]، كما، أنّه، ينبغي ألا يضر الأثر الرجعي للإقرار بالحقوق التي يكون قد رتبها المالك على الشيء المؤجر في الفترة بين العقد والإقرار. ويرى الدكتور محمد بن إسماعيل الغشم أن المقر بالإقرار يصبح طرفا متأخرا في التصرف، ومقتضى كونه طرفا متأخرا، أن ينفذ التصرف في حقه بأثر رجعي، يعود إلى تاريخ إبرامه، أي أن يكون طرفا من تاريخ التصرف[4].

وخلاصة عن ما ورد سابقا، نجري مقارنة بين إيجار ملك الغير وبيع ملك الغير.

من حيث التشابه: إن العقدين لا ينفذان ولا يسريان في حق المالك الحقيقي.

من حيث الاختلاف: إنّ إيجار ملك الغير عقد صحيح بين المؤجر والمستأجر، بينما بيع ملك الغير عقد قابل للإبطال لصالح المشتري، وقد ورد بشأنه نص خاص غير موجود في

---

1 – محمد المهدي إبراهيم، المرجع السابق، ص283.

2 – سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني: العقود المسماة، مجلد 2، عقد الإيجار، 1990، ص105 جاء فيها: « مثل الشركاء في الشيوع ويوجد بينهم قاصر فيقمون بتأجير كل العين عن أنفسهم ومتعهدين عن هذا القاصر فإذا قبل القاصر بعد بلوغه سن الرشد فالمفهوم ضمنا انه قصد أن يكون لقبوله اثر رجعي يستند إلى وقت تأجير الشركاء ».

3 – رمضان أبو السعود، الموجز في عقد الايجار، المرجع السابق، ص ص163–164.

4 – محمد بن إسماعيل الغشم، المرجع السابق، ص444؛ وفي هذا الرأي: جميل الشرقاوي، مصادر الالتزام، ص78؛ احمد علي مدكور، تصرفات الفضولي، المرجع السابق، ص64.

عقد الإيجار. ويختلف إيجار ملك الغير عن بيع ملك الغير، لأن البائع لا يستطيع نقل الملكية إذا لم يكن مالكا، فيكون البيع قابلا للإبطال، أما في إيجار ملك الغير، فالمؤجر، ليس هنالك ما يمنعه من أن يلتزم بتسليم عين لا يملكها ليس له حق الانتفاع بها، ومن أن يمكنه من الانتفاع بها طول مدة الإيجار[1].

فإيجار ملك الغير يعتبر صحيحا غير قابل للإبطال ما دام المالك لم يتعرض للمستأجر، كما أنه لا يخضع للفسخ، إلا إذا تعرض له المالك[2]. أما في بيع ملك الغير، فإن للمشتري أن يطلب إبطال العقد لا الفسخ، وذلك قبل أن يتعرض له المالك الحقيقي.

ولما كان المشرع الجزائري، لم يتعرض لإيجار ملك الغير في نصوص قانونية خاصة كما فعله بشان بيع ملك الغير، نرى، من الأحسن، الأخذ بما ورد في فقه الشريعة الإسلامية واعتبار إيجار ملك الغير موقوف على إجازة المالك الحقيقي، وخاصة المادة الأولى من القانون المدني الجزائري تقضي في الفقرة الثانية منه، انه في حالة عدم وجود نص تشريعي يمكن للقاضي أن يطبق مبادئ الشريعة الإسلامية.

ويفضل ما فعل المشرع العراقي في المادة 725 التي تنص على: « تنعقد إجارة الفضولي موقوفة على إجازة المالك، فإن كان هذا صغيرا أو محجورا أو كانت الإجارة ليس فيها غبن فاحش انعقدت إجارة الفضولي موقوفة على إجازة الولي ».

ويفضل أيضا، ما فعل المشرع الأردني في المادة 744، والذي اعتبر كل من يقوم بتأجير شيء معين لشخص آخر دون أن يكون له حق التأجير، إنما يؤجر ملك الغير، ومن ثم يكون فضوليا في تصرفه، فينعقد موقوفا النفاذ على إجازة المالك أو من يقوم مقامه.

المطلب الرابع

الهبة والوصية بملك الغير

إنّ محل العقد الموقوف، قد يكون تصرفا من التصرفات التي تتم بعوض، كما قد يكون تصرفا على سبيل التبرع كالهبة والوصية، فإذا وهب شخص مال غيره أو أوصى به دون أن تكون له ولاية شرعية، توقف نفاذ هذا التصرف على إجازة هذا الغير، فإذا أجازه نفذ

1 – ان ما ينشأه عقد الإيجار هو مجرد حق شخصي قبل المؤجر في أن يمكنه من الانتفاع بها، فالمؤجر يستطيع ذلك ولو لم يكن مالكا للعين المؤجرة أما نقل الملكية أو إنشاء حق عيني فهو وضع قانوني لا يستطيعه إلا المالك انور طلبة، عقد الايجار، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، مصر، 1998، ص180؛
أحمد علي مدكور، المرجع السابق، ص74.

2 – عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج6، المرجع السابق، ص68.

وإذا رفضه بطل.

لذلك، نقوم في هذا المطلب بتناول هبة ملك الغير في (الفرع الأول)، ثم وصية ملك الغير في (الفرع الثاني).

الفرع الأول

هبة ملك الغير

حتى ينفذ عقد الهبة يجب أن يكون الشيء الموهوب مملوكا للواهب، لأنه إذا لم يكن مملوكا له، فإن المتصرف يعتبر فضوليا ينعقد تصرفه موقوفا على إجازة المالك أو من يقوم مقامه ، فإن أجازه وتم القبض نفذ التصرف باثر رجعي، وإن رفضه اعتبر كأن لم يكن.

لذلك، نتناول في النقطة الاولى تعريف هبة ملك الغير، في الثانية مشروعيتها، وفي الثالثة أحكامها.

أولا – تعريف هبة ملك الغير:

الهبة في اللغة: هي التفضل والإحسان بشيء ينتفع به الموهوب له، سواء كان ذلك الشيء مالا أو غير مالا، وهي مأخوذة من هب، بمعنى مر لمرورها من يد إلى أخرى[1].

ومما ورد في ذكر الهبة في القرآن الكريم قوله تعالى:

﴿ **قَالَ رَبِّ اغْفِرْ لِي وَهَبْ لِي مُلْكًا لاَ يَنْبَغِي لأَحَدٍ مِنْ بَعْدِي إِنَّكَ أَنْتَ الْوَهَّابُ** ﴾[2].

تعريف الهبة في الفقه الاسلامي

عرف المالكية الهبة بأنها: « تمليك بلا عوض »[3]، وعرفها الحنفية بأنها: « تمليك المال بدون عوض أو بعوض »[4].

كما عرفها الحنبلة بأنها: « تمليك في الحياة بغير عوض ». إنّ هذا المذهب قد أبرز عنصرا هاما في الهبة، وهو أنها تقع في حياة الواهب والموهوب له، وبذلك يمتاز هذا التعريف عن تعاريف المذاهب الأخرى، لأنه يشترط أن تقع الهبة في الحياة، وهو ما يميزها

---

1 – المصباح المنير، ج 2، ص150 « وهبت لزيد مالا أهبه له هبة أعطيه بلا عوض... ».

2 – سورة ص، الآية 35.

3 – الدردير، الشرح الكبير على حاشية الدسوقي، ص90، جاء فيها ما يلي: « الهبة تمليك بلا عوض أي تمليك ذات. وأما تمليك المنفعة فأما وقف وإما عارية وخرج بلا عوض هبة الثواب... ».

4 – كمال بن همام، تكملة فتح القدير، ج 7، المرجع السابق، ص113؛ عبد الرحمان بن محمد عوض الجزيري، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، مجلد 3، مكتبة الأيمان بالمنصورة امام جامعة الأزهر، القاهرة، 1419هـ 1999م، ص259.

عن الوصية بصفة واضحة. فهو تعريف جامع يتفق مع تعريفات فقهاء القانون في أن الهبة تقع في حياة الواهب والموهوب له. وعرفتها المادة 833 من مجلة الأحكام العدلية بما يلي: « الهبة هي تمليك مال لآخر بلا عوض ويقال لفاعله واهب، ولذلك المال الموهوب، ولمن قبله موهوبا له، وألا تهاب بمعنى قبول الهبة أيضا »، إن التعريفات التي اقتصرت الهبة على أنها بدون عوض، تعتبر تعريفات غير جامعة وهو ما جنحت إليه المادة 77 من مرشد الحيران الهبة بأنها: « الهبة تمليك العين بلا عوض وقد تكون بعوض ».

إنّ الهبة عبارة عن مجرد إيجاب المالك دون شرط القبول، وإنما القبول والقبض لثبوت حكمها، لا لوجودها في نفسها[1]، والدليل على ذلك، حديث النبي صلى الله عليه وسلم « **لا تجوز الهبة إلا مقبوضة** ».

إنّ الأصل في الهبة أن تكون بدون مقابل، إلا أنه لا يمنع من إن تكون بمقابل، فيجوز أن يشترط الواهب على الموهوب له القيام بالتزام معين، ويعتبر هذا الالتزام عوضا عما قام به الموهوب له للواهب، كأن يقول الواهب وهبتك فرسي هذه على أن تهبني مقدارا من القمح[2].

وعليه، فلا تنتقل ملكية المال الموهوب إلى الواهب إلا بالقبض، لأن القبض هو الذي يوجد الهبة ويرتب عليها أحكامها، على أن تراعى الرسمية في الأحوال التي ينبغي مراعاتها.

لكنه، يكفي الإيجاب دون القبول في حالة ما إذا كان الواهب ولي الموهوب له أو كان وصيه والشيء الموهوب في حوزته، وكذلك حالة ما إذا كان الموهوب له صغيرا يقوم الواهب على تربيته. وهو ما قضت به فـ2 من المادة 558 من القانون المدني الأردني: « تنعقد الهبة بالإيجاب والقبول وتتم بالقبض ».

وبالإضافة إلى الأركان السابقة، يشترط في عقد الهبة أن يكون منجزا، فلا يصح تعليقه، كأن يقول شخص لآخر إن نجحت في الامتحان فقد وهبتك مالي كذا، ولا إضافته إلى الزمن المستقبل[3]، كأن يقول لآخر وهبتك الشيء المعين اعتبارا من رأس الشهر الآتي، أما إذا اقترن بشرط جائز كشرط العوض كان جائزا.

---

1 – الكاساني، بدائع الصنائع، ج 3، المرجع السابق، ص118؛ جهاد عيسى الأشقر، المرجع السابق، ص ص292 –293.

2 – تنص المادة 557 فـ2 من القانون المدني الأردني على ما يلي: « 1 – الهبة تمليك مال أو حق مالي لآخر حال حياة المالك بدون عوض.

2 – ويجوز للواهب مع بقاء فكرة التبرع إن يشترط على الموهوب له القيام بالتزام معين ويعتبر هذا الالتزام عوضا ».

3 – عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق، ص154.

يشترط في الواهب أن يكون أهلا للتبرع، فلا تجوز هبة الصغير والمجنون والمعتوه والسفيه وذي الغفلة، لأن الهبة هي من التصرفات الضارة ضررا محضا وإنها أيضا، لا تصح إذا صدرت من أوليائهم أو أوصيائهم للسبب ذاته[1].

ويشترط في الشيء الموهوب أن يكون موجودا وقت الهبة وأن يكون مالا متقوما ومعينا تعينا نافيا للجهالة. وعليه، لا تجوز هبة المال المستقبل أو غير المعين[2].

كما يجب أن يكون الشيء الموهوب مملوكا للواهب، لأنه إن لم يكن مملوكا له، فإن المتصرف يعتبر فضوليا ينعقد تصرفه موقوفا على الإجازة بشرط أن يكون المالك أهلا للتبرع. وقد نصت المادة 857 من مجلة الأحكام العدلية على: « يلزم أن يكون الموهوب مال الواهب، فلو وهب أحد مال غيره لا يصح. وإذا أجاز المالك الهبة تصح لأن الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة ».

ثانيا – مشروعية هبة ملك الغير:

إنّ الفقهاء قد انقسموا إلى فريقين بشأن وقف هبة ملك الغير أو بطلانه.

1 – رأي يرى بوقف هبة ملك الغير، ذهب إليه كل من الفقه الحنفي والمالكي على أحد الرأيين في المذهب وكذلك الفقه الشافعي في المذهب القديم[3].

وإنّ أدلتهم، في ذلك، أن الهبة كالبيع، وبما أن بيع الفضولي موقوف فهبته كذلك، إلا أن هذا القياس غير سديد، لأن حكم الأصل غير متفق عليه، كون أن من الفقهاء من يذهب إلى بطلان بيع ملك الغير، وأيضا، فهو قياس مع الفارق لأن البيع لا يتم إلا بمبادلة مال بمال بين الطرفين، أما الهبة لما تكون بدون عوض تفقد معنى المبادلة.

كما، أنهم يرون أن هبة ملك الغير تصرف شرعي صادر من الأهل مضاف إلى المحل

---

1 – عبد رحمان عوض الخزيري، المرجع السابق، ص264.

2 – ان هبة المال الحاضر تختلف عن هبة المال المستقبل، لأن هبة المال الحاضر تتم عن طريق التزام الواهب بحق شخصي يرتبه في ذمته، أما المال المستقبل فهو المال غير الموجود وقت الهبة، ومن ثم لا تجوز هبته كمثل هبة التركة المستقبلة فهذه الهبة باطلة بطلان مطلق فلا تلحقها الإجازة ولا يرد عليها التقادم؛ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، العقود التي تقع على الملكية، الهبة والشركة والقرض والدخل الدائم والصلح، ج 5، دار احياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ص117؛ وجاء في بدائع الصنائع (للكاساني، ج 6، المرجع السابق، ص118) ما يلي: « وكذا الأب لا يملك هبة مال الصغير من غير شرط العوض بلا خلاف لأن التبرع بمال الصغير قربان ماله لا على وجه الأحسن ولأنه لا يقابله نفع دنيوي... ».

3 – الكاساني (بدائع الصنائع، ج2، المرجع السابق، ص119) ما يلي: « فلا تجوز هبة ملك الغير بغير اذنه لاستحالة تمليك ما ليس بمملوك » وجانح إلى هذاالرأي الشافعية، في نهاية المحتاج، ج 2، المرجع السابق، ص25.

فينعقد موقوفا على إجازة صاحب الحق، فإن أجازه نفذ وإلا بطل ولا ضرر في توقفها، لأن الضرر يتحقق في انعقادها نافذة غير موقوفة[1].

2 – رأي ثاني يذهب إلى بطلان هبة ملك الغير، وهو ما جنح إليه كل من المذهب الشافعي في المذهب القديم وكذلك المذهب المالكي في الرأي الآخر[2].

وأدلتهم في ذلك تتمثل في:

– هبة ملك الغير كبيعه باطلة لا تصح كالبيع. فهذا القياس يواجه أيضا الانتقاد نفسه الموجه إلى رأي القائلين بوقف هبة ملك الغير، لأنه من الفقهاء من قالوا بوقف بيع الفضولي.

– هبة ملك الغير صادرة ممن ليست له ولاية شرعية للتصرف والولاية شرط في الانعقاد لا في النفاذ، ومن ثم لا تصح هبته، فلا تتحقق له القدرة الشرعية على إنشاء التصرف، ورد على هذه الحجة أن التصرف صادر من أهله مضاف إلى محله، فإن كان الفضولي لا ولاية له فهذا شرط في النفاذ وليس في الانعقاد، فيترتب عليه انعقاد تصرفه بالهبة، وإنما موقوفا على الإجازة ولا يعتبر باطلا، والقول بالوقف يحقق حماية للمتعاقدين وللمالك الذي يوقف نفاذ التصرف على إجازته[3].

ثالثا – أحكام هبة ملك الغير:

إنّ القانون المدني المصري قد الحق هبة الفضولي بأحكام بيع ملك الغير المنصوص عليها في المادتين 466 و467 وهذا طبقا للمادة 491 منه التي تنص على: « إذا وردت الهبة على شيء معين بالذات غير مملوك للواهب سرت عليه أحكام المادتين 466 و467 »[4].

نتناول حكم هبة ملك الغير فيما بين المتعاقدين، ثم بالنسبة للمالك الحقيقي، وننتهي بموقف المشرع الجزائري، وذلك كله، في النقاط التالية:

1– حكم هبة ملك الغير فيما بين المتعاقدين

وبناء على النص السابق، فإن هبة ملك الغير في ما بين المتعاقدين قابلة للإبطال

1 – حاشية الدسوقي على شرح الكبير (للدسوقي، ج 4، ص91) جاء فيها: « ... وذكر بعضهم أن وقفه وهبته وصدقته وعتقه كبيعه في ان كلا صحيح غير لازم، فإن أمضاه المالك مضى وإن رده رد واختاره شيخنا العدوى لأن المالك إذا أجاز فعله كان الفعل في الحقيقة صادرا منه قال ويمنك حمل كلام المصنف (الخليل) على ذلك بأن يراد بالصحة الصحة التامة التي لا تتوقف على شيء ».

2 – المرجع السابق، ص91 جاء فيها أيضا: « ... هبة الفضولي باطلة بخلاف بيعه فإنه صحيح... ».

3 – صلاح الدين شوشاري، المرجع السابق، ص55.

4 – تقابل المادة 459 من القانون المدني السوري؛ 480 من القانون المدني الليبي؛ 609ف1 من القانون المدني العراقي.

لمصلحة الموهوب له حتى قبل أن يتعرض له المالك الحقيقي، وسواء كانت بعوض أو كانت مقترنة بالتزامات، وتكون له المصلحة في إبطال الهبة في هذه الحالة حتى يتخلص من دفع العوض أو من القيام بهذه الالتزامات.

فإذا أجازها الموهوب له انقلبت صحيحة، مثل ما هو عليه الحال في إجازة المشتري في بيع ملك الغير قبل أن يقر المالك البيع، وليس معنى ذلك، أن يترتب على إجازته نقل ملكية الشيء الموهوب إلى الموهوب له، لأن المالك الحقيقي لم يقر الهبة وهو أجنبي عن العقد، كما أن هذه الإجازة لا تؤثر على ملكية المالك للعين الموهوبة إذا يبقى مالكا لها، فيكون عندئذ حكمها عدم السريان أو عدم النفاذ بالنسبة إليه[1]. وكذلك، تنقلب صحيحة إذا آلت ملكية الشيء الموهوب إلى الواهب بعد صدور الهبة، طبقا لنص المادة 497 مصري، وتنتقل الملكية من الواهب إلى الموهوب له. ويكون للموهوب له الحق في المطالبة بتعويض عادل في حالة ما إذا كان الواهب متعمدا في إخفاء أن الشيء الموهوب مملوك للغير، كما يكون له الحق استرجاع العوض إذا كانت الهبة بعوض، وهذا قياسا على ضمان الواهب للاستحقاق[2].

أما الواهب لا يجوز له إبطال الهبة الصادرة منه، لأن الهبة قابلة للإبطال لمصلحة الموهوب له وحده قياسا على احتكام بيع ملك الغير، طبقا للمادة 491 مدني مصري.

2- حكم هبة ملك الغير بالنسبة إلى المالك الحقيقي

إذا لم يقر المالك الحقيقي الهبة، الذي ليس طرفا فيها، فلا يسري العقد في حقه سواء أجاز الموهوب له الهبة أو لم يجزها، فهو يبقى دائما مالكا للشيء الموهوب ولا تنتقل منه ملكية الموهوب إلى الموهوب له، حتى ولو أجازها هذا الأخير. ومنه، يجوز للمالك الحقيقي أن يرجع بدعوى الاستحقاق على الموهوب له، وبالتعويض على الواهب، على النحو المقرر في بيع ملك الغير.

أما إذا أقر المالك الهبة، سرى العقد في حقه، لأنه يصبح طرفا فيه وانتقلت ملكية الشيء الموهوب إلى الموهوب له من تاريخ الإقرار، وتصبح الهبة صحيحة من تاريخ صدورها دون حاجة إلى عملها من جديد. وإذا كان الموهوب عقارا، يجب تسجيل هذا الإقرار حتى تنتقل الملكية إلى الموهوب له، ومتى انتقلت الملكية إليه، زال السبب الذي من أجله جعل المشرع هبة ملك الغير قابلة للإبطال، فانقلبت الهبة صحيحة بإقرار المالك الحقيقي[3].

1 – أنور طلبة، العقود الصغيرة، الهبة والوصية، دار الفتح للتجليد الفني، الاسكندرية، مصر، ص77.

2 – عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج6، المرجع السابق، ص ص121 –122.

3 – عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق، ص159.

فيكون حكم هبة ملك الغير في القانون المدني المصري مضطرب، فهي قابلة للإبطال بالنسبة للموهوب له، وغير سارية في حق المالك الحقيقي. ان فكرة الوقف أولى بالقبول، لأنها تضع حكما ناجعا وواحدا للمسألة.

أما المشرع الأردني فقضى في المادة 559 من القانون المدني بما يلي: « لا ينفذ عقد الهبة إذا كان المال الموهوب غير مملوك للواهب ما لم يجزه المالك ويتم القبض برضاه ».

يفهم من هذا النص، أن الشخص الذي يهب شيئا غير مملوك له لا ينفذ عقده، وبذلك يكون فضوليا، فينعقد تصرفه موقوفا على إجازة المالك الحقيقي، فإن أجازه وتم القبض نفذ بأثر يستند إلى وقت انعقاد العقد، وإن رفضه اعتبر كان لم يكن[1].

ويأخذ على هذا النص، انه لم يعطي أي من الطرفين خيار فسخ العقد بإرادته المنفردة، فيكون العقد لازم وصحيح بين الفضولي والمتعاقد معه قبل أن تلحقه الإجازة، لكنه يشترط لإجازة عقد هبة ملك الغير، أن تتوفر شروط قيام الواهب والموهوب له والمال الموهوب والمجيز وقت العقد وكذا وقت الإجازة[2].

موقف المشرع الجزائري

عرّفت المادة 202 من قانون الأسرة الهبة بأنها: « الهبة تمليك بلا عوض، ويجوز للواهب أن يشترط على الموهوب له القيام بالتزام يتوقف تماما على إنجاز الشروط »[3].

ولما اعتبر المشرع الجزائري الهبة عقدا، طبقا للمادة 206 من قانون الأسرة، فلا تنعقد إلا باقتران إرادتين وتوافقهما على إحداث أثر قانوني، إرادة توجب وهي الإرادة الصادرة في الغالب من الواهب، ثم إرادة تقبل وهي الإرادة التي تصدر في المرحلة التالية من الموهوب له، فإذا تم التطابق بين الإرادتين تم وجود التراضي، ولم يبقى إلا إفراغ هذا الرضاء في شكل رسمي وإتمام القبض ليتم انعقاد عقد الهبة[4].

---

1 – بهذا أخذ قانون المعاملات الإماراتي في المادة 616؛ والمادة 609 من القانون المدني العراقي.

2 – عيسى عبد القادر المومني، المرجع السابق، ص 201؛ ياسين محمد الجبوري، المرجع السابق، ص237.

3 – تقابل المادة 486 من التقنين المدني المصري التي تقضي: « 1 – الهبة عقد يتصرف بمقتضاه الواهب في مال له دون عوض. 2 – ويجوز للواهب، دون أن يتجرد عن نية التبرع، أن يفرض على الموهوب له القيام بالتزام معين ».
إنّ التشريع المصري أبرز عنصر نية التبرع واعتبرها عقدا، الا انه لم ينص صراحة على عنصر الحياة في تعريفه لعقد الهبة، كما فعل صراحة المشرع الفرنسي في المادة 94 من القانون المدني التي تنص: « بأنها تصرف يتخلى به الواهب حالا، وبصورة لا تقبل الرجوع عن الموهوب لصالح الموهوب له الذي قبلها » حيث اعتبر الهبة تصرفا وليس عقدا.

4 – محمد بن أحمد تقية، دراسة الهبة في قانون الاسرة الجزائري مقارنة باحكام الشريعة الإسلامية والقانون المقارن، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2003، ص16.

وهو ما أكدته المادة 206 قانون الأسرة الجزائري حيث تنص: « تنعقد الهبة بالإيجاب والقبول، وتتم الحيازة، ومراعاة أحكام قانون التوثيق في العقارات والإجراءات الخاصة في المنقولات وإذا اختل أحد القيود السابقة بطلت الهبة ».

إنّ المشرع الجزائري لم يورد نصا، مثل ما جاء في القانون المصري، فجاء قانون الأسرة خلوا من النص على هبة ملك الغير، ولذلك يتعين الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية وفق ما قضت به المادة 222، ومنه، نقول، انه يستحسن على المشرع الجزائري أن يأخذ بفكرة العقد الموقوف في الشريعة الإسلامية الذي هو أكثر ملائمة لمواجهة حكم هبة ملك الغير، فتبقى موقوفة بالنسبة للمتعاقدين وكذلك بالنسبة للمالك الحقيقي حتى يجيز العقد. فليس هناك، ضررا في توقفها على أي طرف، كما انه يصبح الحكم موحدا بالنسبة للمتعاقدين وكذا بالنسبة للمالك الحقيقي. وبذلك، يكون المشرع الجزائري قد تفادى الحكم المضطرب الذي يعاني منه المشرع المصري، لقابلية العقد للإبطال بالنسبة للموهوب له من جهة، وعدم سريانه في حق المالك الحقيقي من جهة أخرى.

الفرع الثاني

وصية ملك الغير

نعرض تعريف وصية ملك الغير في الفقه الإسلامي في نقطة أولى، ثم في القانون في نقطة ثانية.

ولكن قبل التطرق الى معنى وصية ملك الغير في كل من الفقه الاسلامي والقانون، يجدر بنا أن نقف أولا على معنى الوصية في اللغة وفي الاصطلاح الفقهي.

معنى وصية ملك الغير:

نتعرف أولا على معنى الوصية في اللغة وفي كل من الاصطلاح الفقهي والقانوني، قبل التطرق الى معنى وصية ملك الغير في كل من الفقه الإسلامي والقانون.

– تعريف الوصية

في اللغة: أوصيت إليه بمال، أي جعلته له، وأوصيته بالصلاة يعني أمرته بها، وأوصيته بولده أي استعطفته عليه[1]. وسميت وصية، لأن الميت يصل بها ما كان في حياته

1 – المصباح المنير، ج 2، ص145 جاء فيها: « وصيت إلى فلان توصية وأوصيت إليه أيضا... والاسم الوصايا بالكسر والفتح لغة وهو وصى والجمع أوصياء وأوصيت إليه بمال أي جعلته له وأوصيته بولده استعطفته عليه، وأوصيته بالصلاة أمرته بها »؛

عبد الرزاق عوض الجزيري، ج 3، المرجع السابق، ص281.

بعد مماته[1].

في الاصطلاح الفقهي والقانوني:

– تعريف الوصية في الاصطلاح الفقهي:

عرّفها المذهب الحنفي: « تمليك مضاف إلى ما بعد الموت على سبيل التبرع عينا كان أو منفعة »[2]. وعرّفها المالكية: « عقد يوجب حقا في ثلث مال عاقده، يلزم بموته، أو نيابة عنه بعده »[3] والشافعية: « تبرع حق مضاف ولو تقديرا لما بعد الموت وذلك التبرع المنجز في مرض الموت »[4] والحنابلة: « التبرع بالمال بعد الموت »[5].

إنّه، من تتبع آراء الفقهاء في تعريف الوصية، يتضح أن البعض منهم شمل الوصية بتمليك شيء بعد موت الموصي ومنها الوصية بالولاية أو الوصاية، كمن يوصي غيره بتولي شؤون أبناءه بعد موته، وهذا ما جاء في تعريف المالكية، أما البعض الآخر اقتصر الوصية على تمليك الشيء دون أن يشمل الوصية بالولاية والوصاية[6].

– تعريف الوصية في الاصطلاح القانوني:

عرّف القانون المصري الوصية بأنها: « تصرف في التركة مضاف الى ما بعد الموت»[7]

وعرّفتها المادة 277 من مدونة الاسرة المغربي بانها: « عقد بموجب حقا في ثلث مال عاقده يلزم بموته »[8].

ونصت المادة 184 قانون الأسرة الجزائري على: « الوصية تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع ».

---

1 – نهاية المحتاج للرملي، ج 6، ص4؛ حسن أيوب، المرجع السابق، ص313.

2 – تكملة فتح القدير لبن الهمام، ج 10، المرجع السابق، ص411.

وتنص المادة 86 من مرشد الحيران بما يلي: « الوصية تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع ».

3 – مواهب الجليل للحطاب، ج 6، ص364؛ عبد الرحمن الجزيري، المرجع السابق، ص307.

4 – الرملي (نهاية المحتاج، ج 6، المرجع السابق، ص40) جاء فيها: « انها تبرع حق مضاف ولو تقديرا لما بعد الموت وذلك كالتبرع المنجز في مرض الموت ».

5 – ابن قدامة المقدسي (في الشرح الكبير، ج 6، ص414) جاء فيها: « الوصايا هي الأمر بالتصرف بعد الموت، والوصية بالمال وهي التبرع به بعد الموت ».

6 – عبد المنعم عبده البرعي، المرجع السابق، ص104.

7 – المادة الأولى من قانون الوصية المصري رقم 71 لسنة 1946؛ حسن فرج، المرجع السابق، ص266 جاء فيها: « فهو تعريف جامع لأنه أطلق كلمة تصرف ولم يقتصرها على التمليكات فيشمل الوصية بالمال والمنفعة ».

8 – المادة 277 من مدونة الأسرة المغربي.

أولا – وصية ملك الغير في الفقه الإسلامي:

يذهب جمهور الأحناف إلى أن الوصية بملك الغير لا تصح، حتى ولو ملكه بعد الوصية بأي وجه من الوجوه، كالهبة أو الشراء ثم مات، فلا تنفذ وصيته[1].

أما رأي الإمام محمد بن الحسن صاحب الإمام أبي حنيفة رحمهما الله تعالى – يرى بأنه إذا أوصى شخص بمال غيره، فإن الوصية صحيحة، إلا أنها لا تنفذ إلا بإجازة صاحب الشأن، فإن أجيزت قبل موت الموصى أو بعده نفذت، وإن لم تجاز كانت باطلة. فلو مات الموصي مثلا وليس في ملكه الموصى به، بطلت الوصية[2].

ولما كانت كلمة الشراح لم تتفق في وصية الفضولي، ذهب الأحناف إلى القول ببطلان وصية الفضولي.

بينما يري المالكية، أن وصية غير المالك للموصى به ملكا تاما لا تصح، فمن عليه دين مستغرق لماله، لا تصح وصيته لتعلق حق الوفاء به، وكذلك، من أوصى بملك غيره لا يصح تصرفه لأنه ليس له أن يتبرع بملك الغير، غير انه، لما كان للفقهاء قولان في حكم تصرف الفضولي، فأنهم انقسموا إلى رأيين وهما:

الرأي الأول: يرى أنها تقع باطلة لخلوها عن العوض بخلاف البيع.

الراي الثاني: يرى بأنها موقوفة كشأن البيع، لأن التصرف سواء كان بعوض أو بغير عوض لا ينفذ إلا بالإجازة[3].

كما أنّه للشافعية رأيان: **الأول يرى** أنها تصح لأنها تصح بالمعدوم، ورجح ذلك صاحب روضة الطالبين والإمام السيوطي[4]. و**الثاني:** لا تصح لأن مالكه يملك الوصية به، والشيء الواحد لا يكون محلا لتصرف شخصين.

---

1 – بن الهمام، تكملة الفتح القدير، ج 10، ص456؛ الكاساني، بدائع الصنائع، ج7، المرجع السابق، ص371.

2 – البحر الرائق (لابن نجيم، ج6، المرجع السابق، ص164) حيث جاء: « وأما وصية الفضولي كما إذا أوصى بألف من مال غيره أو بعين من ماله، فأجاز المالك، فهو مخير إن شاء سلمها وإن شاء لم يسلم كالهبة كما في القنية من الوصايا وبه علم حكم هبة الفضولي » حيث اكتفى الشارح بقول الإمام محمد في تصوير مذهب الأحناف في وصية الفضولي، وهو تصوير غير دقيق لأن كلمة الشراح لم تتفق على ذلك، بل ذهب جمهور الأحناف إلى القول ببطلان وصية الفضولي؛ عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق، ص167؛ احمد علي علي مدكور، تصرفات الفضولي، المرجع السابق، ص294.

3 – الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج 4، المرجع السابق، ص422؛ الخرشي، شرح الخرشي، ج 8، المرجع السابق، ص168.

4 – السيوطي، المرجع السابق، ص205، جاء فيها: « الوصية بملك الغير، الراجح صحتها حتى إذا ملكه بعد ذلك أخذه الموصى له ».

خلاصة هذه الآراء

نستخلص، من الآراء التي قيلت للفقهاء المسلمون، أن فكرة بطلان وصية ملك الغير لا تحث على فعل الخير والبر والإحسان، الذي ينادي به الدين الإسلامي، بينما فكرة توقف وصية ملك الغير على إجازة المالك الحقيقي، أكثر نفعا لسلامة أدلتها، عن المعارض لأدلة الرأي بالبطلان، ولكونه يبرز سمات الخير والإحسان، من جهة، ومن أخرى، أن المالك الحقيقي له أن يجيز تصرف الفضولي بمحض إرادته.

إن هذا التصرف، لا يرتب أي ضرر له، لأنه موقوف على إجازته، فإذا سلم الموصى به إلى الموصى له يكون ذلك لا على أساس أنها وصية الفضولي، وإنما على أساس أنها هبة مبتدأة، أما في حالة ما إذا لم يسلم المحل الموصى به بعد إجازته إلى الموصى له، اعتبرهذا التصرف وصية من المالك الحقيقي، تطبق عليها أحكام الوصية. وإذا رد التصرف بطل. ولكن إذا لم يتخذ المالك الحقيقي موقفا ايجابيا أثناء حياته لما أقدم عليه الفضولي في ملكه وانتقل المال الموصى به فضولا إلى ورثته، ثبت الحق في الإجازة إلى ورثته، فإذا نفذ الورثة وصية الفضولي كان تصرفهم تبرعا، لا إجازة لوصية ملك الغير، لأن المالك لم يجيز التصرف في حياته.

بالإضافة إلى ذلك، إن توقف وصية ملك الغير على إجازة المالك الحقيقي تشتمل على منفعة للمالك لحثه على عمل الخير والبر، للفضولي حيث يعتبر تصرفه سببا لهذا العمل، وللموصى له حيث تكون توسعة عليه بالمال الموصى به.

ثانيا – الوصية بملك الغير في القانون:

إنّ القانون المدني الجزائري ألحق بأحكام الوصية، كل عمل قانوني يصدره شخص في مرض الموت يقصد به التبرع، ما لم يثبت من صدر له التبرع عكس ذلك، طبقا للفقرة الثالثة من المادة 776 للقانون المدني.

وألحق، كذلك، كل تصرف يصدر من شخص لأحد ورثته محتفظا فيه بحقه حيازة الشيء المتصرف فيه والانتفاع به مدة حياته، ما لم يكن دليل على خلاف ذلك، وهذا طبقا للمادة 777 مدني جزائري[1].

1 – تنص المادة 776 من التقنين المدني الجزائري على ما يلي: « كل تصرف قانوني يصدر عن شخص في حال مرض الموت بقصد التبرع يعتبر تبرعا مضافا إلى ما بعد الموت، وتسري عليه أحكام الوصية أي كانت التسمية التي تعطى إلى هذا التصرف. وعلى ورثة المتصرف أن يثبتوا أن التصرف القانوني قد صدرعن مورثهم وهو في مرض الموت ولهم إثبات ذلك بجميع الطرق، ولا يحتج على الورثة بتاريخ العقد إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتا. =

ويكون الهدف من ورود المشرع لهذين النصين، هو حماية ورثة المريض مرض الموت من الوصايا المستترة، حتى تطبق عليها أحكام الوصية، فبالتالي لا ينفذ التصرف الذي قام به فيما زاد عن ثلث التركة، إلا إذا أجازه الورثة.

لقد نظم المشرع الجزائري أحكام الوصية في قانون الأسرة، ولم يتعرض فيه لنص على أحكام وصية ملك الغير، إلا أن المادة 190 ذكرت من شروط الشيء الموصى به، أن يكون مملوكا للموصي وقت انشاء الوصية، فهي اذن تشترط وجود المال الموصى به في ملك الموصي عند إنشاء الوصية، وهذا غير تصرف الفضولي بوصية ملك الغير، الذي لا يملك المحل الموصى به.

وعليه، يجب الرجوع إلى نص المادة 775 من القانون المدني الجزائري التي تقضي: « يسري على الوصية قانون الأحوال الشخصية والنصوص القانونية المتعلقة بها »[1].

يستنتج، من هذا النص، أن المشرع الجزائري قرر مبدأ عاما بالنسبة للقانون الواجب التطبيق على الوصية، وهو أحكام الشريعة الإسلامية والقوانين الصادرة بشأنها، في حالة عدم وجود نص بشأنها. ولما كان المشرع الجزائري يأخذ بالمذهب المالكي، فمن الأحسن، الأخذ بالقول الثاني الذي يرى أن تصرف الفضولي بوصية ملك الغير موقوف على إجازة المالك الحقيقي.

ولما كانت وصية الفضولي بملك الغير تنعقد صحيحة موقوفة على إجازة صاحب الحق، فإن حكمها مثل أي تصرف آخر من التصرفات الموقوفة، فلا يختلف عن تصرف هبة ملك الغير، فلذا نحيل الرجوع إلى احكام هبة ملك الغير حتى لا يكون تكرارا.

=إذا اثبت الورثة أن التصرف صدر عن مورثهم في مرض الموت، اعتبر التصرف صادرا على سبيل التبرع، ما لم يثبت من صدر له التصرف خلاف ذلك، كل هذا ما لم توجد أحكام خاصة تخالفه ».

ونتص المادة 777 علي ما يلي: « يعتبر التصرف وصية وتجري عليه أحكامها، إذا تصرف شخصلاحد ورثته واستثنى لنفسه بطريقة ما حيازة الشيء المتصرف فيه والانتفاع به مدة حياته، ما لم يكن هناك دليل يخالف ذلك ».

وتقابلها المادة 916 و917 مدني مصري.

1 – تقابل المادة 915 من القانون المدني المصري؛ والمادة 1126 من القانون المدني الأردني.

المبحث الثاني

التصرفات الصادرة من غير مالك له الولاية أصلا على المعقود عليه والمتجاوز لحدودها

انتهينا، في المبحث الأول، إلى بيان حكم تصرفات الفضولي في مال الغير عند انعدام ولايته أصلا على المعقود عليه، سواء كان تصرف بمقابل كالبيع والشراء والإيجار أو كان تصرفا بدون مقابل كالهبة والوصية والوقف، وقلنا، بانعقادها موقوفة النفاذ على إجازة صاحب الشأن عند توافر شروطها، ونستتبع ذلك، لبيان حكم تصرفاته، لما تكون له الولاية أصلا على المعقود عليه لكن تجاوز حدودها.

وتشمل هذه التصرفات، كل من تصرف الوكيل المتجاوز لحدود وكالته (المطلب الأول)، وتعاقد النائب مع نفسه دون إذن من الأصيل (المطلب الثاني).

المطلب الأول

تجاوز الوكيل حدود الوكالة

إنّ المبدأ العام في العقود، يقتضي اقتصار آثار التصرف على شخص المتصرف، فلا يتعداه إلى غيره، وهو ما يعرف بمبدأ النسبية في العقود، فإن الشخص يلتزم بإرادته وبعمله وليس له أن يلزم غيره بهذه الإرادة ولا بهذا العمل.

وهذا ما تعنيه الآية الكريمة لقوله تعالى: ﴿ ... **لَهَا مَا كَسَبَتْ وَعَلَيْهَا مَا اكْتَسَبَتْ**... ﴾[1].

إلا أن الحاجات العملية والضرورات اليومية قد تدعو إلى إمكان قيام شخص ما بتصرف قانوني تضاف آثاره إلى شخص آخر، بناء على اتفاق مسبق وهي النيابة الاتفاقية.

وهو حال الوكيل، حيث تتحدد سلطته بمقتضى عقد الوكالة، أو على نص قانوني يحدد نطاق سلطة النائب وهي النيابة القانونية كما هو الحال بالنسبة إلى الولي، أو حكم قضائي

1 – سورة البقرة، الآية 286.

حيث يتولى القاضي أمر تعيين الوصي أو القيم أو الحارس القضائي، وهو ما يسمى في لغة القانون بالنيابة في التعاقد[1].

ولترتيب النيابة آثارها، يجب أن يكون للنائب سلطة النيابة عن الأصيل، إلى جانب ما يطلب من تقيد بحدود سلطته التي يحددها سند النيابة ومصدرها.

ومنه، قد يباشر الأصيل التصرف كما قد يباشره الولي أو الوكيل، وهنا يكون التصرف صادرا ممن له ولاية التصرف، إلا انه، قد يباشر هذا التصرف من ليست له ولاية التصرف ودون إذن شرعي من الأصيل، وذلك كالفضولي والوكيل المتجاوز لحدود وكالته.

وإن كانت هذه التصرفات، من ولاية[2]، ووكالة[3]، ورسالة[4] مأذون فيها للمتصرف، فهي تختلف عن الفضالة التي لا يكون للفضولي فيها إذن من الغير، ولا تكون له ولاية على التصرف، وإن كان يتصرف لحساب الغير. كما، أن عمل الفضولي قد يكون تصرفا قانونيا أو عملا ماديا، بينما عمل الوكيل لا يكون إلا تصرفا قانونيا، كما أن مصدر الفضالة يكون عملا ماديا، بينما مصدر الوكالة يكون اتفاقا أو عقدا؛ إلا أنه تقترب الفضالة من الوكالة إذ

---

1 – محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد، المرجع السابق، ص327، محمد سلام مدكور، المدخل للفقه، المرجع السابق، ص627؛ بلحاج العربي، ج 1، المرجع السابق، ص84.

2 – فالولاية هي صلاحية الشخص للقيام بالإعمال القانونية والقضائية المتعلقة بغيره ولحساب ذلك الغير. أما بالمعنى الخاص فيقصد بها تلك التي تثبت بحكم القانون للأب وللجد الصحيح.
وقد عرفها الدكتور عبد المنعم البدراوي (المدخل للعلوم القانونية، المرجع السابق) ص610 بما يلي: « الولاية سلطة مقررة للشخص تجعله قادرا على القيام بأعمال قانونية تنفذ في حق الغير فتكسبه حقا أو تحمله بالتزام ».

3 – أما الوكالة فهي إقامة الإنسان غيره مقام نفسه في تصرف جائز معلوم ممن يملكه عجزا أو ترفها؛ وقد عرفتها المادة 571 من القانون المدني الجزائري بما يلي: « الوكالة أو الانابة خو عقد بمقتضاه يفوض شخص شخص آخر للقيام بشيء لحساب الموكل وباسمه »، والمطابقة للمادة 699 من التقنين المدني المصري. إلا أن هناك أعمالا قليلة لا يجوز فيها الوكالة كالشهادة واليمين؛ السنهوري، الوسيط، نظرية العقد، المرجع السابق، ص208.

4 – فهي تختلف عن الرسالة التي تعتبر مجرد تبليغ شخص كلام آخر لغيره، دون أن يكون له دخل في التصرف، وبهذا تتميز الوكالة عن الرسالة. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج 1، المرجع السابق، ص431 جاء فيها: « فهي تعبير عن إرادة المرسل لا عن إرادة الرسول نفسه وهذا بخلاف النائب والوكيل فكل منهما يعبر عن إرادته هو لا عن إرادة الأصيل ».

تنقلب إلى وكالة إذا اقرها صاحب الشأن، كما أنها تنتهي إلى فضالة إذا خرج الوكيل عن حدود وكالته أو بقي يعمل بعد انتهاء الوكالة[1].

ويتبادر إلى الذهن السؤال التالي: ما هو حكم التصرفات التي يتجاوز فيها الوكيل أثناء تنفيذ الوكالة الحدود المرسومة له في الوكالة؟

لذا، يجدر بنا، للإجابة على هذا السؤال، أن نقسم هذا العمل إلى فرعين، نعرض إلى تجاوز الوكيل بالشراء وبالبيع في الفقه الإسلامي في (الفرع الأول) وإلى تجاوزه في القانون في (الفرع الثاني).

الفرع الأول

تجاوز الوكيل حدود وكالته في الفقه الإسلامي.

يلزمنا في هذا الفرع، أن نبين تعريف الوكالة ثم صورها، وذلك، في النقطتين التاليتين:

أولا – تعريف الوكالة:

جاء لدى الأحناف ما يلي: « كل عقد جاز أن يعقده الإنسان بنفسه، جاز أن يوكل به غيره »[2].

ويستندوا، في ذلك، إلى قول الله تعالى ﴿ ... **فَابْعَثُوا أَحَدَكُمْ بِوَرِقِكُمْ هَذِهِ إِلَى الْمَدِينَةِ فَلْيَنْظُرْ أَيُّهَا أَزْكَى طَعَامًا فَلْيَأْتِكُمْ بِرِزْقٍ مِنْهُ**... ﴾[3]، وأجمعت الأمة على جوازها في الجملة لأن الحاجة داعية إليها[4].

والوكالة جائزة في كل الحقوق التي تصح فيها النيابة، من البيع والشراء والإجارة وعقد النكاح والطلاق واقتضاء الدين؛ وقضائه وخصومة الخصم ونحو ذلك.غير، أن الوكالة في الفقه الإسلامي قد تكون مطلقة وقد تكون مقيدة:

1- الوكالة مطلقة، أي خالية عن كل قيد، كما لو يقال له:

---

1 – عبد الرزاق السنهوري، الوسيط ، ج 7، المرجع السابق، ص375.

2 – بن الهمام، فتح القدير، ج 7، المرجع السابق، ص3.

3 – سورة الكهف، الآية 19.

4 – ابن قدامة، المغني، ج 5، المرجع السابق، ص201؛ طاهر خليفة السيسني، المرجع السابق، ص73.

« وكلتك في بيع سيارتي، دون أن يحدد له ثمن هذا البيع » فحكمها، أن تكون مقيدة بثمن المثل وبنقد ذلك البلد، لأن مطلق الأمر يتقيد بالمتعارف والمتعارف بين الناس، وهو البيع بثمن المثل وبنقد البلد[1]. فهو الرأي الذي ذهب إليه جمهور الفقهاء من المالكية[2] والشافعية والحنابلة.

لكن الحنفية، اختلف في هذا الأمر، وفرق أبو حنيفة فيه، بين الوكالة المطلقة في البيع والوكالة المطلق في الشراء:

– بالنسبة للبيع، فإن التوكيل فيه يكون على إطلاقه ولا يتقيد فيه لا بعرف ولا بغيره، لأن الأصل في اللفظ المطلق أن يجري على إطلاقه، ولأن، لو الموكل أراد تقييده بشيء، لا صرح عن ذلك[3]. لكن، أبو يوسف ومحمد أبا حنيفة ذهب إلى ما جاء به جمهور الفقهاء، بأن التوكيل المطلق في البيع يتقيد بالمعارف.

أما التوكيل المطلق في الشراء، فالأحناف يذهبون إلى انه يتقيد بالمتعارف، فلا يملك أن يشتري إلا بثمن المثل، وبما لا يتغابن الناس فيه، لأنه إذا خالف الوكيل ذلك، فإنه يكون مشتريا لنفسه بخلاف الوكيل بالبيع فإن تصرفه يتوقف على إجازة الموكل، والفرق بينهما، أن الوكيل بالشراء متهم إذ يملك الشراء لنفسه فأمكن تنفيذه عليه، لأن العقد متى وجد نفاذا على العاقد نفذ عليه[4].

2– الوكالة المقيدة

فهي مقصورة على تصرف بعينه وبشروط محددة، لأن الموكل يحدد له تصرفه. وحكمها، انه يجب على الوكيل، أن يتقيد بما أمر به الموكل، ويستوي في ذلك، أن يكون وكيلا بالبيع أو بالشراء، لأن الوكيل يستمد الولاية في العقود من موكله، فلا يجوز له أن يخالفها، فإذا خالف ذلك الأمر، فإن التصرف الذي يجريه لا يكون نافذا على الموكل،

1 – أحمد فراج حسين، المرجع السابق، ص257.

2 – جاء في الشرح الكبير (للدردير، ج 3، المرجع السابق، ص382) ما يلي: « وتعين على الوكيل في التوكيل المطلق لبيع أو شراء، نقد البلد... وتعين الثمن في البيع والشراء... ».

3 – الكاساني، بدائع الصنائع، ج 6، المرجع السابق، ص41؛ عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق، ص258.

4 – بن الهمام، فتح القدير، ج 8، المرجع السابق، ص56؛ طاهر خليفة السيسني، المرجع السابق، ص74.

إلا إذا أجازه أو كانت المخالفة إلى خير، لأنها كانت وفاق معنى[1].

خلاصة هذه الآراء

في الوكالة المطلقة، لا يوجد خلاف بين الفقهاء، فعلى الوكيل أن يراعي مقتضيات الشرع والعرف والمصلحة، فلا يتصرف الوكيل في الوكالة العامة إلا بما فيه مصلحة للموكل، كأن لا يبيع بثمن بخس ولا يشري بثمن باهظ، إنما الخلاف بينهم، إذا جاوز الوكيل مقتضيات الشرع والعرف والمصلحة، كأن يبيع بأقل من الثمن أو يشتري بأكثر منه. إذا خالف الوكيل، المتعارف عليه سواء في البيع أو الشراء، فإن تصرفه هذا، لا ينفذ في حق الموكل بل يتوقف في حقه إلا إذا أجازه. وهو رأي مذهب جمهور الفقهاء.

أما في الوكالة المقيدة، فإذا خالف الوكيل موكله، فإن تصرفه يتوقف على إجازة الموكل ما لم تكن مخالفته إلى خير، فإن كانت مخالفته إلى خير لم يكن له الخيار، بل لزمه تصرف وكيله. وهو مذهب جمهور الفقهاء.

ثانيا – مخالفة الوكيل الحدود المرسومة له في الوكالة:

قد تكون هذه المخالفة في الشيء أو ثمنه، أو تكون في زمن الشراء أو البيع. ونفصل ذلك كما يلي:

1 – مخالفة الوكيل في جنس الشيء الموكل فيه أو في ثمنه:

تكون المخالفة في جنس الشيء، كما لو أمر الموكل وكيله ببيع أو شراء ثوب معين من قماش معلوم، فاشترى له أو بيع له من قماش آخر ومن نوع آخر. أما المخالفة في جنس الثمن، كأن يأمر الوكيل بشراء أو بيع بضاعة بعملة محددة، فيشري أو يبيع بعملة أخرى، ففي كلا الصورتين يكون خروج الوكيل عن حدود وكالته، ويكون التصرف موقوف على إجازة الموكل[2].

1 – بن الهمام، فتح القدير، ج 8، المرجع السابق، ص57؛ الخرشي، ج 6، المرجع السابق، ص73؛ محمد عوضين المغربي، المرجع السابق، ص101.

2 – الكاساني، بدائع الصنائع، ج 6، المرجع السابق، ص30؛ عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق، ص257 وما بعدها.

2 – مخالفة الوكيل في قدر الشيء الموكل فيه أو ثمنه:

كأن يوكل الموكل وكيله بشراء شاة واحدة، فإذ به يشتري له شاتين، وكذلك الأمر، لو وكله لشراء الشاة بدينار فاشتراها بدينارين، وهو ما نقش بمبحث مشروعية العقد الموقوف[1] وتنص المادة 852 تقنين أردني على الآتي: « إذا عين له الموكل ثمن البيع، فليس له من أن يبعه بما يقل عنه »، فإذا خالف الوكيل قيد الثمن، فباع المال بثمن يقل عن المقدار المحدد له دون أن يؤذنه الموكل أو يجيزه، ولم يتم تسليم المبيع إلى المشتري، فيكون تصرفه موقوفا على إجازة الأصيل، فإن أجازه نفذ مستندا إلى وقت إنشاءه، وأن رده اعتبر كأن لم يكن[2].

أما إذا باع بازيد مما حدد له، كان التصرف صحيح ويلزم الموكل، لأنه نفذ ما أمره به وزاده خيرا [3].

أما إذا تم تسليمه إلى المشتري، فينعقد موقوفا على إجازة الموكل، الذي له الخيار باسترداد المبيع أو المطالبة بالنقصان. وقد قضت المادة 852 الأردنية بما يلي: « فإذا باعه بنقص دون إذن سابق من الموكل أو إجازة لاحقة وسلم إلى المشتري فالموكل بالخيار بين استرداد المبيع أو إجازة البيع أو تضمين الوكيل قيمة النقصان »[4].

3 – مخالفة الوكيل لأمر بيع أو شراء بعض ما وكل فيه:

قد يحصل ضرر للموكل، حالة ما إذا تجزأ ما أراد بيعه أو شراءه، فما حكم البيع قي هذه الحالة؟ فاذا كان المبيع مما لا يضره التبعيض، فلا جدال في نفاذ البيع، كما هو الحال

---

1 – ما سبق مناقشته في موضوع مشروعية العقد الموقوف.

2 – وهو رأي كل من الحنفية والمالكية، عبد الهادي محمد زراع، "تصرفات الوكيل بالوكالة المقيدة"، مجلة البحوث الفقهية والقانونية، جامعة الأزهر، العدد 19، 2004، ج 2، ص974؛ وهبة الزحيلي، العقود المسماة، المرجع السابق، ص291.

3 – الشافعي، نهاية المحتاج، ج 2، المرجع السابق، ص228 جاء فيها: « يصح التصرف ويلزم الموكل لأنها زيادة تنفعه ولا تضره ».

4 – مأخوذة من المادة 1495 من مجلة الأحكام العدلية التي تنص على: « إذا عين الموكل الثمن فليس للوكيل بيعه بأنقص مما عينه الموكل فاذا باع ينعقد البيع موقوفا على إجازة الموكل ولو باعه بنقصان الثمن بلا إذن الموكل وسلم المال إلى المشتري فللموكل أن يضمنه ذلك النقصان ».

في الموزونات والمكيلات، أما إذا كان التبغيض يضر بالبيع، كما لو وكل شخص آخر لبيع فرسه فباع نصفه، فإنه يكون تصرفه تجاوزا لحدود وكالته، لأنه مقيد عرفا، إعمالا للقاعدة التي تقول: « التعيين بالعرف كالتعين بالنص »[1]، وبذلك، يكون تصرفه موقوفا على إجازة الموكل. غير، أنه، يستثنى من ذلك، إذا كان التوكيل محدد وباع الوكيل بعضه بثمن الكل، فإن البيع ينفذ، لأن من يرتضي بالثمن المحدد ثمنا للكل، يرتضي به ثمنا للبعض، وبه تتحقق له زيادة لا تضره[2].

4 – مخالفة الوكيل في وصف الثمن:

قد يأمر الموكل وكيله بالبيع أو الشراء حالا، فإذ به يقوم بالبيع أو الشراء مؤجلا. ان هذا التصرف يكون موقوفا على إجازة الموكل.

وقد تكون مخالفة الوكيل تعليمات محددة أخرى، كأن يأمره بالبيع أو الشراء في زمن معين أو في مكان معين، أو كالاقتراض من بنك، فخالفه واقترض من شخص، فيخالف الوكيل هذه التعليمات والأوامر فإن هذه المخالفة تزيل عنه صفة الموكل، ومن ثم يكون فضوليا في تصرفه، فينعقد تصرفه موقوفا، فإن رغب الموكل فيه أجازه وان رده، رجع على الوكيل لوحده[3].

وهو، ما نص عليه المشرع العراقي على عدم نفاذ التصرفات التي يتجاوز فيها الوكيل حدود الوكالة، اذ قضت المادة 944 من التقنين المدني ما يلي: « إذا تعاقد الوكيل مع الغير باسم الموكل ولكن جاوز في تعاقده حدود الوكالة أو عمل أحد دون توكيل أصلا فإن نفاذ العقد في حق الموكل يبقى موقوفا على إجازته »، أما التقنين المدني الأردني، فلم يورد نصا مماثلا، إنما يأخذ القضاء بالحكم نفسه طبقا للقواعد العامة[4].

---

1 – مستقاة من المادة 45 من مجلة الأحكام العدلية كما جاء في المجلة أيضا المادة 64: « المطلق يجري على إطلاقه إذا لم يقم دليل التقييد نصا أو دلالة ».

2 – ابن نجيم، االبحر الرائق، ج 7، المرجع السابق، ص170

3 – بن الهمام، شرح فتح القدير، ج 7، المرجع السابق، ص79.

4 – صلاح الدين شوشاري، المرجع السابق، ص58؛
ياسين محمد الجبوري، المرجع السابق، ص241.

الفرع الثاني

حكم تجاوز الوكيل حدود وكالته في القانون

إنّ القاعدة العامة تقضي، بأنه إذا خرج الوكيل عن الحدود التي رسمها له عقد الوكالة، لم يعد أعماله ملزمة للأصيل، لأن حدود أعمال الوكيل قد بينها عقد الوكالة، فلا يعذر بجهله هذه الحدود، فيكون للغير أن يرجع على النائب وليس له أن يتضرر من فعله هذا.

لذا، نعرض أولا الى مبدأ نسبية الوكالة، وثانيا الى الاستثناءات الواردة على الخروج عن حدود الوكالة.

أولا – مبدأ نسبية الوكالة:

إنّ الحكم الناتج عن هذه القاعدة، يعتمد على مبدأ نسبية العقود التي لا تربط إلا أطرافها، فالشخص لا يملك أن يعطي ولاية لغيره لو لم تكن له أصلا، هذا طبقا لمبدأ « فاقد الشيء لا يعطيه »، ولما كان الوكيل يستمد وكالته من الولاية التي زوده بها موكله، فإن كل آثار تصرفه تنصرف إلى ذمة الموكل[1].

أما في حالة تجاوزه حدود وكالته، يصبح فاقدا لولايته، وعليه، كل تصرف يجريه الوكيل في هذه الحالة لا يكون ملزما للأصيل. فيقتضي المنطق، أن يكون التصرف الناتج عن مخالفة التعليمات موقوفا على إجازة الموكل إذا رضي، أو رده إذا رفض، وحينها يلتزم بها الوكيل[2].

وهو، ما أخذ به المشرع العراقي في المادة 944 من التقنين المدني السابقة الذكر، أما التقنين المدني الأردني لم يورد نصا مماثلا، إلا أنه يأخذ بالحكم نفسه في القضاء، لكون

---

1 – عبد الباسط جميعي، "الوكالة الظاهرة"، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، السنة الخامسة، 1963، ص305؛ سلامة عبد الفتاح حليبة، أحكام الوضع الظاهر في عقود المعاوضات المالية في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2005، ص239 جاء فيها: « حتى إذا تجاوز تلك الحدود أصبح فاقدا لولايته، وبالتالي فإن العمل الذي يجريه الوكيل في هذه الحالة لا يكون ملزما للأصيل ».

2 – عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق، ص262.

القواعد العامة تغني عن إيراد نص خاص[1].

وتنص المادة 74 من القانون المدني الجزائري على ما يلي: « إذا ابرم النائب في حدود نيابته عقدا باسم الأصيل، فإن ما ينشأ عن هذا العقد من حقوق والتزامات يضاف إلى الأصيل »[2].

وقد نصت المادة 575ف/2 من التقنين المدني الجزائري بما يلي: « الوكيل ملزم بتنفيذ الوكالة دون أن يتجاوز الحدود المرسومة ».

والقاعدة العامة، هي أنه يجب على الوكيل أن يلتزم بحدود الوكالة حتى ينفذ التصرف في حق الموكل، فإن تصرف الوكيل المتجاوز لحدود وكالته، طبقا للقواعد العامة، لا يلزم به الموكل ولا يكون نافذا في حقه، لأنه يعتبر أجنبيا عن المتعاقد مع الوكيل، ولأن الوكالة ولاية، والولاية محدودة، فمن خرج عنها أصبح تصرفه خارج دائرة الوكالة[3].

بينما إذا التزم الوكيل حدود سلطته، فإن آثار التصرف الذي يبرمه مع الغير المتعاقد معه تنصرف إلى الموكل، الذي يعتبر دائنا أو مدينا من العقد الذي أبرمه الوكيل مع الغير– المتعاقد معه. وتقوم علاقة مباشرة بين الموكل وبين الغير الذي تعاقد معه الوكيل، ويختفي هذا الأخير، ويترتب على ذلك، أن يرجع الموكل مباشرة على الغير الذي تعاقد معه الوكيل بجميع الالتزامات الناشئة عن هذا العقد في ذمة الغير، وكذلك، يكون لهذا الأخير أن يرجع مباشرة على الموكل بجميع الحقوق التي نشأت عن هذا العقد[4].

يكون انصراف أثر التصرف الذي يبرمه الوكيل إلى الموكل، مشروط بالتزام الوكيل

---

1 – عيسى عبد القادر المومني، المرجع السابق، ص212؛ ياسين محمد الجبوري، المرجع السابق، ص ص241 – 242.

2 – وهي مطابقة للمادة 105 من القانون المدني المصري والمادة 57 من القانون المدني الكويتي.

3 – سلامة عبد الفتاح حلبية، المرجع السابق، ص238.

FRANCOIS COLLART DUTILLEUL, PHILIPE DELEBECQUE, Op Cit, p.513

4 – عبد الرازاق السنهوري، الوسيط، ج 7، المرجع السابق، ص451.

لحدود وكالته التي رسمها له الأصيل. قرار المحكمة العليا الجزائرية رقم 59293 مؤرخ في 1990/6/27[1].

يكون استخلاص، ما إذا كان الوكيل يعمل في حدود وكالته أم انه تجاوز حدود ولايته أو سلطته، مسالة واقع، لا تخضع لرقابة محكمة النقض[2].

ولكن، لا ينصرف أثر التصرف الذي يبرمه الوكيل بالتواطؤ مع الغير إضرارا بالموكل، إلى هذا الأخير، لأن الغش يبطل التصرفات[3].

ولكن، لضرورة عملية وحماية لمبدأ استقرار المعاملات ومصالح الغير، تدخل المشرع، ومخالفة للقواعد العامة التي تقضي بنسبية العقود – في مد آثار التصرف كلها إلى الموكل– الذي يعتبر أجنبيا عن العقد، الذي ابرمه الوكيل متجاوزا حدود وكالته، بحيث يصبح الموكل في حكم طرف العقد، وقد قرر المشرع الجزائري في المواد 76 و575ف/2 من القانون المدني، مد آثار التصرف المتجاوز في الوكيل حدود سلطته إلى الموكل، في حالات محددة.

كما، قرر القضاء، في حالة الوكالة الظاهرة، مد آثار التصرف إلى الموكل إذا توافرت شروطها، رغم تجاوز الوكيل حدود سلطته، وحالة أخرى، تتمثل في عدم وجود وكالة للنائب أصلا. وبذلك تكون قاعدة عدم انصراف أثر التصرف الذي يبرمه الوكيل متجاوزا حدود وكالته مع الغير المتعاقد معه، غير مطلقة، وإنما ترد عليها استثناءات، نوضحها كما يلي:

ثانيا – الاستثناءات الواردة على الخروج عن حدود الوكالة:

الحالة الأولى:

ما نصت عليه المادة 76 من القانون المدني الجزائري: « إذا كان النائب ومن تعاقد

---

1 – قرار رقم 59293 بتاريخ 1990/06/27: « من المقرر قانونا أن النائب إذا أبرم في حدود نيابته عقدا باسم الأصيل، فإن ما ينشا من حقوق والتزامات يضاف إلى الأصيل ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خطأ في تطبيق القانون وإما كان ثابت في قضية الحال أن قضاة الموضوع لما قضوا بإبطال عقد البيع بالرغم من كون المدعى عليه في الطعن ارتكب خطا قانونيا عندما قضى الوكيلين دون الأصيل يكونوا بقضائهم كما فعلوا اخطئوا في سير الإجراءات الجوهرية وفي تطبيق القانون ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون ».

2 – محمد سعيد جعفور وفاطمة إسعد، المرجع السابق، ص78.

3 – عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج 7، المرجع السابق، ص592.

معه يجهلان معا وقت العقد انقضاء النيابة، فإن اثر العقد الذي يبرمه، حقا كان أو التزاما، يضاف إلى الأصيل أو خلفائه »، وهي تطابق المادة 107 مدني مصري. وتقابل المادة 114 من القانون المدني الأردني.

تشير هذه المادة، أنه إذا انقضت النيابة دون علم النائب والغير المتعاقد معه، كما لو عزل الموكل الوكيل أو مات الأصيل، أن عدم علم الوكيل بانقضاء وكالته، يعفيه من مسؤوليته عن تجاوز حدودها، لكن بشرط جهل المتعاقد معه ذلك. وأساس، هذا الاستثناء، هو حماية الغير حسن النية، وكذا ضمان استقرار المعاملات، وهذه الحالة تسمى في لغة الفقه والقضاء بالوكالة الظاهرة[1].

وفي الوكالة الظاهرة، ينصرف أثر العمل الذي يجريه الوكيل إلى الموكل، سواء كان وكيلا فعلا وتجاوز حدود سلطته، أو عمل بعد إنهاء الوكالة، أو، لأنه، عمل رغم عدم وجود وكالة أصلا.

ويشترط في الوكالة الظاهرة، أنه لاعتبار الوكيل الظاهر نائبا عن الموكل، أن يكون المظهر الخارجي الذي أحدثه هذا الأخير خاطئا، وأن يكون الغير الذي تعامل مع الوكيل الظاهر قد انخدع بمظهر الوكالة الخارجي، دون أن يرتكب خطأ أو تقصير في استطلاع الحقيقة.

ومسألة تحقيق قيام الوكالة الظاهرة، هو مسالة واقع، يستقل به قاضي الموضوع، ولا يجوز إثارته لأول مرة أمام محكمة النقض[2].

إلا أن هذه الحالة، لا تجد مجالها في صور النيابة إلا في النيابة الاتفاقية أي الوكالة الاتفاقية، أما في النيابة القانونية والقضائية تنعدم، لأن القانون هو الذي يحدد سلطات النائب،

1- شوقي محمد صالح، نظرية الظاهر في القانون المدني، رسالة دكتوراه، جامعة حلوان، دار الفكر، مصر، 2002، ص14؛ سلامة عبد الفتاح حلبية، المرجع السابق، جاء في ص275: « الوكيل الظاهر هو من يبرم التصرف باسم شخص آخر مع انصراف آثاره لحساب ومصلحة هذا الأخير ليس استنادا إلى وكالة بينه وبين صاحب الشأن وإنما إلى شبهة الوكالة بينهما ».

2 – عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج 7، المرجع السابق، ص602.

FRANCOIS DUTILLEUL, DELEBECQUE, Op.Cit, p516 : « Il reste que l'apparence doit etre prouvée par celui qui l'invoque et que la notion est sous le controle de la cour de cassation ».

وتصطدم بقاعدة عدم الاعتذار بجهل القانون.

الحالة الثانية:

إذا تجاوز النائب حدود وكالته، ولكن المتعاقد معه يجهل هذا التجاوز، أي أن يكون الغير لا يعلم بانعدام الوكالة، فإن آثار العقد تسري في حق الأصيل، طبقا لمبدأ حماية المتعاقد حسن النية، لأنه لم يعلم بذلك، وانه ليس من السهل عليه أن يعلم بتجاوز الوكيل لحدود نيابته.

لكن، إذا كان يعلم بانعدامها وأقدم مع ذلك على التعاقد مع الوكيل، فإن ذلك يعتبر غشا منه يتحمل تبعته، ولا يستطيع أن يحتج على الموكل بالتصرف الذي يبرمه الوكيل[1].

فلو كان الغير سيء النية، يعلم بانعدام الوكالة وكذلك الوكيل، فإن إقدامهما على التصرف لحساب الموكل، لا يمكن أن يحمل، إلا على معنى التواطؤ بين الطرفين إضرارا بالموكل، ومن ثم لا ينصرف اثر هذا التصرف إلى الموكل، ولا اثر له في العلاقة بين الموكل والغير.

وبذلك، فحسن النية يشترط في الغير المتعاقد مع الوكيل المزعوم بأن يعتقد بوجود وكالة بين الوكيل والموكل. إنّ المشرع الجزائري لم يشر إلى هذه الحالة، وإن المبدأ يغني عن إيراد نص خاص، فهذه الحالة تعد تطبيقا من تطبيقات حسن النية التي اعتمدها المشرع في كل أحكامه المدنية[2].

الحالة الثالثة: ما قضت به المادة 575 فقرة ثانية من التقنين المدني الجزائري

وهو، ما قضت به المادة السابقة ف2 إذ تنص على: « لكن يسوغ له أن يتجاوز الحدود إذا تعذر عليه إخطار الموكل سلفا وكانت الظروف يغلب معها الظن بأنه ما كان يسع الموكل إلا

1 – عدنان ابراهيم السرحان، نظرية الأوضاع الظاهرة ومدى حمايتها في القانون العراقي والمقارن، رسالة ماجستير، بغداد، ص85.

2 – المادة 107 ف1 من التقنين المدني جزائري تنص على: « يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية ». والحكم نفسه في القانون المدني المصري والأردني.

الموافقة على هذا التصرف وعلى الوكيل في هذه الحالة أن يخبر الموكل حالا بتجاوزه حدود الوكالة ».

إن الوكيل في هذه الحالة، يبقى وكيلا بالرغم من خروجه عن حدود الوكالة، وينصرف بذلك التصرف الذي يبرمه مع الغير إلى الموكل[1].

ولكن يجب توافر الشرطين:

أ- إذا اضطر الوكيل لمجاوزة حدود وكالته، لتعذر إخبار الأصيل بتجاوزه، وكان يعتقد بحسن نية، ان الأصيل ما كان إلا ليوافق على تجاوزه لأن ينصب في مصلحته، فنفذت آثار العقد في حق الأصيل، لكن بشرط أن يخبر موكله بتجاوزه هذا في أقرب وقت.

ب- إذا استحال على الوكيل المبادرة إلى إخطار الموكل بخروجه عن حدود الوكالة، فانه يرجع تقدير الاستحالة دائما إلى القاضي الذي له سلطة التقدير[2].

فإذا توافر الشرطان، فإن التصرف الذي باشره الوكيل والمتجاوز فيه حدود وكالته ينفذ في حق الموكل، ويكون للغير الذي تعامل مع الوكيل أن يتمسك أمام الموكل بالتصرف الذي قام به الوكيل، سواء كان يعلم بمجاوزة الوكيل لحدود الوكالة، أم كان لم يعلم[3]. وهذه الحالة تتفق مع ما ذهب إليه جمهور الفقهاء، من أن مخالفة الوكيل إذا كانت إلى خير، فإنها تنفذ على الموكل، كما رأيناه في الفقه الإسلامي[4].

ونصت على هذه الحالة المادة 933 عراقي صراحة، والمادة 703 فـ2 مصري، ولم يشر إليها المشرع الأردني لكن ذلك يجد تطبيقه في معنى المادة 840 منه: « تثبت للوكيل

1 – عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج 7، المرجع السابق، ص454 وما بعدها.

2 – عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق، ص279؛ عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق، ج 4، المرجع السابق، ص175، وقد نصت المادة 780 من قانون الموجبات والعقود اللبناني على هذا الحكم وجاء فيها: « إذا تمكن الوكيل من القيام بالعمل الموكول إليه على شروط أكثر فائدة وجدوى من الشروط المعينة في الوكالة فإن الفرق يعود إلى الموكل » ويكون المشرع اللبناني قد ذهب إلى أبعد من ذلك، فأجاز للوكيل التعاقد بشروط اقل، إذا كان الفرق قليل أو كان مما يتسامح فيه.

3 – ياسين محمد الجبوري، المرجع السابق، ص241.

4 – ما تناولناه في الفرع الأول للمطلب الأول من هذا المبحث.

بمقتضى عقد الوكالة ولاية التصرف فيما يتناوله التوكيل دون أن يتجاوز حدوده إلا فيما هو أكثر نفعا للموكل ».

يلاحظ، أن ما قام به الوكيل، هو مجرد تحقيق مصلحة للموكل. وإذا ما شب نزاع بين الطرفين حول ملائمة الخروج عن حدود الوكالة، يرفع الأمر إلى القاضي، الذي يملك سلطة تقديرية واسعة في النظر في ملائمة الخروج لمصلحة الموكل أو لا، لكن في كل الحالات، عليه أن يقوم بإخطار الموكل في أقرب فرصة ممكنة[1].

إنّ الأصل في التصرف الذي يبرمه الوكيل متجاوزا حدود وكالته، لا يلزم الموكل ولا يصبح به دائنا أو مدينا للغير الذي تعاقد معه الوكيل، كما لا يجوز للغير، أن يطالبه بتنفيذ الالتزامات الناتجة عنه، وذلك لانتفاء صفة النيابة. ولا يجوز للغير، كذلك، أن يلزم الوكيل بشيء، لأنه تعاقد بصفته نائبا عن الموكل، ولم يقصد أن يلزم نفسه من هذا التصرف[2].

ولكن، يكون للغير المتعاقد مع الوكيل أن يطالبه بالتعويض، إذا اثبت خطأ الوكيل الذي سبب له إضرارا، وفقا لأحكام المسؤولية التقصيرية، وهذا الضرر يتمثل في تفويت الصفقة بسبب عدم نفاذ العقد في مواجهة الموكل[3].

خلاصة:

إنّ القاعدة العامة في الوكالة، هو أن يلتزم الوكيل حدود الوكالة، لكن قد خرج المشرع الجزائري عن هذا الأصل، حيث استثنى ثلاث حالات:

– منها حالة نص المادة 575 فقرة ثانية، متى كان من المستحيل عليه إخطار الموكل سالفا وكانت الظروف يغلب معها الظن بأن الموكل ما كان إلا ليوافق على هذا

1 – عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج 7، المرجع السابق، ص456.

2 – عبد الباسط محمد جميعي، المرجع السابق، ص 298 جاء فيها: « إذا كان السلطان الذي يزود به الاصيل وكيله محدودا في نطاقه الزمني فانه محدود كذلك من حيث هدفه وموضعه فالوكيل الذي يعمل باسم موكله فيما وراء حدود الوكالة أو على خلاف أغراضها شانه تماما كشأن من يتعامل بمقتضى وكالة منقضية فكل منهما يكون بهذه المناسبة عاملا في خارج مدار الوكالة أو نطاقها ومن هنا فانه يكون متجردا من ولايته وسلطانه ».

3 – جمال مرسي بدر، النيابة في التصرفات القانونية، طبيعتها واحكامها وتنازع القوانين فيها، الهيئة المصرية العامة للكتاب، 1980، ص173.

التصرف، فإذا توافرت هذه الشروط، انصرف أثر تصرف الوكيل إلى الموكل، رغم تجاوزه حدود وكالته.

– حالة الوكالة الظاهرة، إذا كان الغير الذي تعاقد مع الوكيل الظاهر حسن النية، وكان هناك مظهر خارجي منسوبا إلى الموكل يوحي بوجود وكالة[1]. وهو ما قضت به المادة 76 مدني جزائري، فإن الآثار المترتبة عن هذه التجاوز تنصرف إلى الموكل، إذا كان الغير المتعاقد مع الوكيل الظاهر حسن النية، وكان المظهر المنسوب إلى الوكيل يوحي بوجود وكالة.

– حالة حسن نية الغير، أي انه يجهل بتجاوز الوكيل حدود سلطته، أي لا يعلم بانعدام الوكالة: فإن آثار العقد تسري في حق الأصيل، طبقا لمبدأ حماية المتعاقد حسن النية، لأنه لم يعلم بذلك، وأنه ليس من السهل عليه أن يعلم بتجاوز الوكيل لحدود نيابته، ولأنه لو كان يعلم بانعدامها وأقدم مع ذلك على التعاقد مع الوكيل، فإن ذلك يعتبر غشا منه يتحمل تبعته[2]. إن هذه الحالة تعد حالة من حالات حسن النية التي اعتمدها المشرع الجزائري.

ويبدو أن مبدأ نسبية العقود، فقد طابعه المطلق، لأن المشرع من جهة، بنص المواد (575–576)، والقضاء من جهة أخرى، يقرر توسيع حلقة الأشخاص الملزمين إلى ابعد، من الذين أبرموا العقد، لاعتبارات عملية وحفاظا على سلامة المعاملات، وبالتالي، تقديم المصلحة العامة على المصلحة الفردية، إذا وجد تعارضا بينها[3].

وفي غير هذه الحالات، لا ينصرف اثر التصرف الذي بيرمه الوكيل متجاوزا حدود وكالته إلى الموكل الذي يكون أجنبيا عن التعاقد، ولكن، إذا جاوز الوكيل حدود وكالته ولم تتوافر فيه الشروط السابقة، سواء كان وكيلا في البيع أو الشراء، أو غير ذلك من التصرفات الأخرى، فإن العقد يكون في القانون المدني الجزائري والمصري صحيحا بين طرفيه، ولكن

1 – عدنان إبراهيم السرحان، شرح القانون المدني: العقود المسماة، المقاولة. الوكالة. الكفالة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2007، ص ص163 – 164.

2 – عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج 7، المرجع السابق، ص606.

3 – عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق، ج 4، المرجع السابق، ص189؛ أنور سلطان، مصادر، المرجع السابق، ص30.

JAQUE GHESTIN, Traite de droit civil, Les obligations, le contrat, Paris 1986, p 424.

غير نافذ بحق الأصيل، إلا إذا أقره، فالإقرار اللاحق كالوكالة السابقة، لا يتطلب عقد جديد بين الموكل والغير[1]، فيعتبر الوكيل عليها فضوليا، فإذا أجاز الموكل التصرف نفذ ويصبح، كأنه في حدود الوكالة، ويتقيد به الموكل والغير من وقت التعاقد وليس من وقت الإقرار[2].

وبذلك، يمكن القول، بأنه عقد موقوف النفاذ، لأنه لا يلزم، من جهة الوكيل لأن إرادته لم تنصرف إلى أن يلزم نفسه به، ومن جهة أخرى، لا يلزم الموكل، لانتفاء صفة النيابة، كونه أجنبيا عن التعقد، بينما في القانون المدني العراقي طبقا للمادة 944ف/1 ينعقد موقوفا على إجازة الأصيل.

الرأي المقترح

يستنتج، مما سبق قوله، أن التصرف الذي يجاوز فيه الوكيل حدود الوكالة، باستثناء الحالات الثلاثة، يعتبر موقوفا وليس قابلا للإبطال، إذ لم يرد به نصا قانونيا، كما فعله المشرع في بيع ملك الغير، ولأنه، لا بطلان إلا بنص، كما تقضي به القاعدة الفقهية. وأمام غياب نص يحسم حكم تصرف الوكيل في تجاوزه لحدود الوكالة، نطبق مبدأ المادة الأولى من القانون المدني الجزائري التي تقضي بالرجوع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية حيث لا يوجد نص تشريعي[3]. ونقترح إصدار تشريع، ينظم مسألة تجاوز الوكيل حدود وكالته، ويطبق عليها نظرية العقد الموقوف المعروفة في الشريعة الإسلامية، التي لا يعرفها الفقه الغربي؛ تشريع له أهميته، تبعا لأهمية عقد الوكالة في وقتنا الحاضر، الذي لا تقل فيه أهمية عن عقد البيع وعقد الإيجار، وأن أصبحت عقود البيع والإيجار تتم بدورهاعن طريق النيابة الاتفاقية، أي الوكالة.

---

1 – عدنان إبراهيم السرحان، المرجع السابق، ص ص160 – 161.

2 – عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج 1، المرجع السابق، ص198 وأيضا نظرية العقد، ج 4، ص216؛ عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق، ص277.

3 – محمد سعيد جعفور وفاطمة إسعد، المرجع السابق، ص78 هامش 83 ورد فيها: « إنّ التصرف الذي قام به الوكيل خارج الحدود المرسومة لوكالته لا يعد قابلا للإبطال، اذ لم يرد نص في هذا الخصوص، كما ورد في بيع ملك الغير، إذ لا وجود لما يمنع من القول بالوقف لعدم وجود نص يحسم حكم تصرف الوكيل إذا تجاوز حدود الوكالة وهذا طبقا لأحكام المادة الاولى من التقنين المدني الجزائري التي تقضي بالرجوع إلى مبادىء الشريعة الإسلامية حيث لا يوجد نص تشريعي ».

المطلب الثاني

تعاقد النائب مع نفسه دون إذن من الأصيل

يندرج تحت التصرفات الصادرة من غير مالك له الولاية أصلا على المعقود عليه والمتجاوز لحدودها، تعاقد النائب مع نفسه دون إذن مسبق من الأصيل.

توجد حالتان لتعاقد الشخص مع نفسه وهما:

– حالة تولي شخص إبرام عقد بصفته أصيلا عن نفسه ونائبا عن الطرف الآخر، كأن يبيع مثلا لنفسه العين الموكل في بيعها.

– حالة النيابة عن طرفي العقد، كأن يتولى إبرام عقد بصفته نائبا عن الطرفين، فيكون مثلا وكيلا في كل من البيع والشراء.

ففي الحالة الأولى، انه يجمع بين صفتين: صفة الأصالة عن نفسه والنيابة عن الغير، وفي الحالة الثانية، يجمع صفة النيابة عن الطرفين، فبذلك يصدر منه تعبيران بخصوص مصالح متعارضة[1].

والسؤال المطروح بهذا الخصوص، هل يجوز للشخص أن يتعاقد مع نفسه؟

ولذلك، نقسم هذا المطلب إلى فرعين، نتناول حكمه في الشريعة الإسلامية في (الفرع الأول)، وحكمه في القانون في (الفرع الثاني).

الفرع الأول

حكم تعاقد النائب مع نفسه دون إذن من الأصيل في الفقه الإسلامي

الأصل في فقه الشريعة الإسلامية، هو عدم جواز تعاقد النائب مع نفسه، سواء باعتباره نائبا عن كل من الطرفين أو باعتباره نائبا عن أحد الطرفين وأصيلا عن نفسه.

1 – رمضان أبو السعود، شرح العقود المسماة، المرجع السابق، ص ص166 – 167؛ سمير تناغو، عقد البيع، المرجع السابق، ص418؛ خميس خضر، المرجع السابق، ص340؛ نبيل إبراهيم سعد، العقود المسماة، المرجع السابق، ص ص118 – 119؛ سمير تناغو، عقد البيع، ص126 وما يليها.

أولا – في المذهب الحنفي:

إذا تعاقد أصيلا عن نفسه نائبا عن غيره، لم يجز البيع، لأن ذلك يؤدي إلى تعارض الأحكام، إذ يكون الشخص الواحد طالبا مطلوبا، مسلما وقابضا، مخاصما وخصما، وهذا لا يجوز، حتى ولو أذن المالك لوكيله في البيع[1].

ثانيا – في المذهب المالكي والحنبلي:

فإذا أذن الموكل بالبيع من نفسه، فيكون البيع جائزا[2].

ثالثا – في المذهب الشافعي:

هناك روايتين، إحداهما، أن البيع لا يجوز حتى مع الإذن، وفي الرواية الأخرى أن البيع يجوز بالإذن[3].

إلا أن هناك استثناءات يجوز أن يتعاقد الشخص مع نفسه، في حالتين:

الحالة الأولى: أن يبيع الأب أو الجد مال الصغير من نفسه، أو يبيع ماله من الصغير، فيجوز ذلك ولو بغبن يسير، وليس الغبن الفاحش، إذا كان حسن التدبير.

الحالة الثانية: بيع الموصى المختار من الأب أو الجد مال الصغير من نفسه أو بيع ماله من الصغير، إذا كان فيه نفع للصغير، بحيث تشترط الخيرية دائما في الموصى، وليس في الولي، إلا إذا كان سيء التدبير[4].

---

1 – المبسوط للسرخسي، ج 19، المرجع السابق، ص 32) جاء فيها: « ولو باعه الوكيل بالبيع من نفسه أو من ابن صغير له لم يجيز وإن صرح الموكل في ذلك لأن الواحد في باب البيع إذا باشر العقد من الجانبين يؤدي إلى تضاد الأحكام فانه يكون مستردا مستقضيا قابضا مسلما مخاصما في العيب ومخاصما، وفيه من التضاد مالا يخفى. ولو باعه له من ابن له كبير أو امرأته أو واحد ممن لا تجوز شهادته له لم يجز ذلك في قول أبي حنيفة رحمه الله بمطلق الوكالة أيضا، ويجوز في قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله إلا من عبده ومكاتبه ».

2 – الخرشي (شرح الخرشي، ج6، المرجع السابق، ص77) جاء ما يلي: « الوكيل على بيع شيء لا يجوز أن يبيعه من نفسه ولو كان بغير محاباة ما لم يكن بحضرة الموكل وما لم يسجل له الثمن وما لم يأذن له في البيع لنفسه وإلا جاز ».

3 – المهذب في فقه الامام الشافعي (للامام الشيرازي، ج 1، المرجع السابق، ص359) جاء ما يلي: « – أحدهما يجوز كما يجوز أن يوكل المرأة في طلاقها والثاني لا يجوز وهذا المنصوص لأنه يجتمع في عقد غرضان متضادان الاستقصاء للموكل والاسترخاص لنفسه فتمانعا ».

4 – الكاساني، بدائع الصنائع، ج 4، المرجع السابق، ص ص134 – 135.

الفرع الثاني

حكم تعاقد النائب مع نفسه دون إذن من الاصيل في القانون

لتعاقد النائب مع نفسه دون إذن من الأصيل في القانون، رأيين[1] وهما:

الرأي الأول: يذهب، إلى منع تعاقد الشخص مع نفسه، ويرجع سببه إلى وجود إرادة واحدة، وأن العقد لا يتم إلا بتوافق إرادتين، ومنها القانون المدني المصري والمدني الجزائري والألماني.

الرأي الثاني: يبيح هذا التعاقد في الأصل، كالتقنين الفرنسي والسويسري، إلا في حالات استثنائية.

ويلاحظ، أن الشرائع التي حرمت تعاقد الشخص مع نفسه، أباحته في حالات معينة، والشرائع التي أباحته، استثنت حالات منعته فيها، كما يلاحظ، أن هناك اقتراب بين الشرائع التي تحرم من التي تبيح.

إنّ القانون اعتبر التعاقد غير جائز مع النفس كأصل عام، وذلك، لما يغلب فيه من تعارض المصالح، ففي حالة كون المتعاقد أصيلا عن نفسه ونائبا عن الطرف الآخر، يخشى منه أن يضحي العاقد بمصلحة المنيب عنه في سبيل مصلحته؛ أما في الصورة الثانية لو كان نائب على الطرفين يخشى أن يؤثر إحدى المصلحتين على الأخرى.

إنّ المادة 77 من التقنين المدني الجزائري تنص على: « لا يجوز لشخص أن يتعاقد مع نفسه باسم من ينوب عنه، سواء أكان التعاقد لحسابه هو أم لحساب شخص آخر، دون ترخيص من الأصيل، على أنه يجوز للأصيل في هذه الحالة أن يجيز التعاقد، كل ذلك مع مراعاة ما يخالفه، مما يقضي به القانون وقواعد التجارة ».

وهي المطابقة لنص المادة 108 مدني مصري[2].

---

1 – وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص268؛ أنور سلطان، المصادر، المرجع السابق، ص26؛ عدنان ابراهيم السرحان، المرجع السابق، ص165؛ سليمان مرقس، عقد البيع، المرجع السابق، ص343.

2 – تقابلها المادة 109 تقنين مدني سوري؛ والمادة 108 مدني ليبي؛ والمادة 592 تقنين مدني عراقي التي استثنت منها حالات وردت في المواد 591/590/589/588؛ المادة 378 من التقنين الموجبات والعقود=

فيكون بمقتضى هذا النص، أن النائب إذا تعاقد مع نفسه دون حصول على إذن سابق من الأصيل، تصرفه وقعا خارج سلطة نيابته، وكان شأنه، شأن كل وكيل جاوز حدود نيابته، فلا يكون عمله نافذا في حق الأصيل إلا إذا أقره، غير ان قاعدة عدم جواز تعاقد الشخص مع نفسه، ليست من النظام العام، فيجوز للأصيل أن يأذن للنائب أن يتعاقد مع نفسه، كما يجوز له أن يقر هذا التصرف بعد وقوعه[1].

ولذلك، قد استثنى المشرع من هذه القاعدة، حالتين أباح فيهما التعاقد مع النفس، لانه لاحظ فيهما تحقيق لمصالح الأصيل.

أولا – الاستثناءات الواردة عن هذه القاعدة:

الحالة الأولى: كما لو كانت النيابة اتفاقية (الوكالة)، وأجاز الموكل للنائب أن يتعاقد مع نفسه ابتداء، كأن يقول: وكلتك في بيع هذا المنزل ولك أن تبيعه لنفسك، أو أنه يقر التعاقد بعد وقوعه، في حالة ما إذا تعاقد مع نفسه دون إذن سابق من الأصيل.

الحالة الثانية: أن يوجد نص قانوني، مثل الوكيل بالعمولة (السمسار)، ففي البورصات، يمكن أن يعقد هذا الوكيل بالعمولة العقد لمصلحة شخصين، عندما ينوب عن البائع وعن المشتري.

أو كان عرفا يجيز تعاقد الشخص مع نفسه.

وقد طبق المشرع هذه القاعدة على عقد البيع بنص خاص، كما فعل في نص المادة 410 من القانون المدني التي تقضي: « لا يجوز لمن ينوب عن غيره بمقتضى اتفاق أو نص قانوني أو أمر من السلطة المختصة أن يشتري باسمه مباشرة أو باسم مستعار، ولو بطريق المزاد العلني ما كلف ببيعه بموجب النيابة كل ذلك، ما لم تأذن به السلطة

=اللبناني التي تحرم على من عهد إليه في بيع شيء أن يشتر به لنفسه وحرم شراء الولي أو الوصي أو القيم مال المحجور لنفسه ولا يصح شيء من ذلك كله إلا بترخيص من القضاء؛ وتقابل المادة 115 من التقنين المدني الأردني.

1 – أحمد فراج حسين، المرجع السابق، ص184؛ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص154؛ عبد المنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص171؛ سمير عبد السيد تناغو، عقد البيع، المرجع السابق، ص383.

المختصة القضائية مع مراعاة الأحكام الخاصة الواردة في نصوص قانونية أخرى »، المطابقة للمادة 479 مدني مصري.

يتبين من النص، منع النائب من شراء المال الذي كلف ببيعه، سواء كانت نيابة اتفاقية – مصدرها الاتفاق [1]، أو كان مصدرها القانون أو القضاء[2]، وسواء قام بشرائه باسمه شخصيا أو باسم مستعار، وسواء كان الشراء تم عن طريق البيع العادي أو بالمزاد العلني، وسبب هذا المنع، لأن مصلحة النائب كمشتري تتعارض مع الأصيل الذي كلفه بالبيع. ويعاب على نص المادة السابقة، أن صياغتها جاءت غير موفقة، إذ تقول أن شراء النائب بنفسه أو لنفسه يكون جائزا إذا تم بإذن من القضاء، إذ أن المقصود، هو أن يصدر الإذن من السلطة نفسها التي عينت النائب، سواء كان هو القاضي في حالة النيابة القضائية، أو كان هو العقد في حالة النيابة الاتفاقية.

ويخلص من نص المادة 77 والمادة 410 مدني جزائري، المطابق لنص المادة 108 و479 مصري، أن من كان نائبا عن غيره في بيع مال هذا الغير، لا يجوز له شراء هذا المال لنفسه دون ترخيص من الأصيل أو إذن من القاضي، ما لم يكن ذلك، جائزا بمقتضى نص قانوني أو بمقتضى العرف التجاري.

بذلك، يرد على هذه القاعدة العامة في منع النائب من أن يشتري لنفسه المال الذي ينوب عن غيره في بيعه، **استثناءان وهما:**

1- أن يكون تعاقد النائب مع نفسه بإذن الأصيل أو بإذن المحكمة، فهنا لا يسري المنع، وهو ما جاء في نص المادة 77 جزائري: « دون ترخيص من الأصيل » وما جاء في نص المادة 410 « ما لم تأذن به السلطة القضائية مع مراعاة الأحكام الخاصة والواردة في نصوص قانونية أخرى ».

1 – تكون النيابة اتفاقية وهي الوكالة: وتكون النيابة قانونية كنيابة الولي عن الصغير، أيضا فلا يجوز للولي شراء مال الصغير ناقص الأهلية لا باسمه ولا باسم مستعار ولو تم الشراء بالمزاد العلني، حيث تبقى دائما مصلحة النائب متعارضة مع مصلحة الأصيل؛ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج 4، المرجع السابق، ص104 جاء فيها: « ويجوز للوصي أو القيم بعد إذن من المحكمة أن يشتروا أموال محجوريهم... ».

2 – محمد صبري السعدي، نظرية الالتزامات، ج 1، المرجع السابق، ص138؛ رمضان أبو السعود، العقود المسماة، المرجع السابق، ص ص168 – 169.

والإذن، قد يكون من الأصيل كالنيابة الاتفاقية، وقد يكون من المحكمة إذا كانت النيابة قانونية أو قضائية. وبذلك يعوز هذا التعبير الدقة.

2– وهو أن يجيز تعاقد النائب مع نفسه، نص قانوني أو عرف تجاري، فقد جاء في نص المادة 77 ما يلي: « كل ذلك مع مراعاة ما يخالفه، مما يقضي به القانون وقواعد التجارة »، وما ورد في نص المادة 410 التي تقضي: « مع مراعاة الأحكام الخاصة والواردة في نصوص قانونية أخرى ».

والتعبيران تعوزهما الدقة، لأن المقصود بكل منهما، عدم الإخلال بما يقضي به نص قانوني أو عرف تجاري، كما يعاب على نص المادة 77 الذي يشير إلى استثناء ما يقضي به القانون وقواعد التجارة، إذ المقصود بقواعد التجارة هو قواعد العرف التجاري، ويستبدل بالتعبير « نص في القانون أو عرف تجاري ».

وقد أورد المشرع الجزائري، تحت عنوان بيع النائب لنفسه، حكما جاء في المادة 411 مدني يقضي: « لا يجوز للسماسرة ولا للخبراء ان يشتروا الأموال المعهودة إليهم ببيعها أم تقدير قيمتها، سواء بأنفسهم مباشرة أو باسم مستعار »، المطابق لنص المادة 480 مدني مصري.

تقضي هذه المادة، أن السمسار الذي يكون وسيطا بين شخصين في إبرام عقد بيع، لا يجوز له أن يشتري هذا المال لا باسمه ولا باسم مستعار، ولو كان ذلك عن طريق المزاد العلني.

كما لا يجوز للخبراء الذين كلفوا بتقدير قيمة المبيعات، سواء كان الشراء باسمهم، أو باسم مستعار[1].

والسمسار، هو وسيط يسعى إلى إيجاد مشتري للشيء المطلوب بيعه، وليس نائبا عن صاحب المصلحة في البيع، ولكن قد يرغب في شراء الشيء لنفسه، فيقدم شخصا آخر للبائع إلى أنه المشتري، ويوهم البائع أن الثمن المعروض هو الثمن الملائم للصفقة ويكون مراعيا

1 – سمير تناغو، عقد البيع، المرجع السابق، ص385؛ خميس خضر، المرجع السابق، ص344؛ عدنان السرحان، المرجع السابق، ص166؛ خليل أحمد حسن قدادة، عقد البيع، ج 4، المرجع السابق، ص ص251– 252.

في ذلك مصلحته الشخصية، فمنعا لمثل هذا التحايل، ألحق المشرع السمسار بالنائب في حرمانه من شراء الأموال المعهودة إليه بالبيع، سواء باسمه أو باسم مستعار[1].

والخبير هو الشخص الذي يلجأ إليه صاحب المال لتقدير قيمته. فقد يبخس قيمة المال، ثم يشتريه بعد ذلك لنفسه، بعد ان يقنع البائع بالقيمة المنخفضة.

ثانيا – جزاء الإخلال بالمنع من الشراء:

لقد نصت المادة 412 من القانون المدني الجزائري على أنه: « يصح البيع في الأحوال المشار إليها في المادتين 411/410 إذا أجاز من تم البيع لحسابه »، المطابقة لنص المادة 481 مصري.

إنّ التصرف الذي يبرمه النائب مع نفسه، يجوز فيه للأصيل أن يجيزه، فيكون إذن تصرفه صحيحا وليس باطلا، لما أعطى المشرع للأصيل خيار إجازته، فهو عقد نشأ صحيحا لصدوره من أهله مضافا إلى محله، ولكن النائب أبرمه خارج حدود نيابته، فأصبح فضوليا في تصرفه، كما هو الحال في جميع تصرفات الفضولي في مجال العقد الموقوف، لأنه ابرم التصرف خارج حدود نيابته، فإن أجازه نفذ وإن رده بطل.

غير أنه، لو كنا بصدد حالة، كونه نائبا عن الطرفين وأجازه احدهما قبل الآخر، فيصبح التصرف لازما له، ويبقى موقوفا لمصلحة الآخر، فإن أجازه نفذ العقد في حق الطرفين وسارت آثاره إلى وقت انعقاده، وإن رده فقد بطل، وأصبح كأن لم يكن، ولا يعتد بالإجازة السابقة.

لكن، لو أستعمل أحد المتعاقدين حقه في رفض العقد قبل الآخر، يبطل العقد وعليه، لا ترد عليه الإجازة من المتعاقد معه كون الإجازة لا ترد إلا على العقد الذي لا زال قائما. (المادة 115)، وتكون المادة 412، هي تأكيد لما سبق أن قرره المشرع في المادة 77 مدني جزائري: « أنّه يجوز للأصيل في هذه الحالة أن يجيز التعاقد، كل ذلك مع مراعاة ما يخالفه، مما يقضي به القانون وقواعد التجارة »، وتطابق المادة 108 مصري والمادة 156 إماراتي.

1 – خميس خضر، المرجع السابق، ص344؛ انور سلطان، مصادرالالتزام، المرجع السابق، ص26.

في القانون المدني المصري:

إنّ المشرع المصري لم ينص صراحة على جزاء الإخلال بالمنع من الشراء، سواء بالنسبة للنائب، أو السمسار، أو الخبير. وهو ما جعل حكم منع تعاقد النائب مع نفسه، موضع خلاف، فمن فريق قائل، أنه عقد غير نافذ بحق الأصيل[1]. إنّ تكييف الجزاء بأنه عدم النفاذ هو ما يأخذ به الفقه الغالب في مصر، غير أن هذا التكييف لم يبين حكم العقد قبل إجازة الأصيل له، هل هو صحيح أم غير صحيح؟[2]. ومن قائل، أنه قابل للإبطال، وقد تقرر هذا البطلان بنص خاص[3].

1 – عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج 1، المرجع السابق، ص181؛ جميل الشرقاوي، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص115؛ خميس خضر، المرجع السابق، ص342–343.

2 – مصطفى منصور، العقود المسماة، المرجع السابق، ص 303 ذهب إلى أنه موقوف قبل إجازته غير أن القانون المدني المصري لم يعرف نظرية العقد الموقوف ولم يأخذ بها حتى في أنسب موضع لها في بيع ملك الغير.

3 – سمير تناغو، المرجع السابق، ص421 حيث يقول: « ولكن البطلان النسبي ينقسم في رأينا إلى قسمين، فهناك البطلان النسبي بمعنى القابلية للإبطال. وفي هذه الحالة يكون التصرف قائما ومنتجا لآثاره إلى أن يتقرر إبطاله. وهناك البطلان النسبي بمعنى القابلية للتصحيح وفي هذه الحالة لا يكون التصرف منتجا لآثاره إلى أن يتقرر تصحيحه. وبيع النائب أو السمسار أو الخبير على خلاف المنع، هو بيع باطل بطلان نسبيا بمعنى القابلية للتصحيح. فيكون التصرف قبل تصحيحه غير منتج لأي أثر من آثاره، وهو إذا صحح بالإجازة من الأصيل أو من الجهة التي عينت النائب فإن العقد يصبح صحيحا منتجا لآثاره ».

المبحث الثالث

التصرفات الصادرة من عاقد ليس له ولاية على العقد

خلصنا، مما سبق، أن التصرفات الصادرة من عاقد ليس له الولاية على العقد تؤدي إلى القول بانعقادها جميعا على إجازة ممن يملك مباشرتها، فإن أجازها نفذت بأثر رجعي، وإن ردها بطلت وأصبحت كأن لم تكن.

فلنفاذ التصرفات، لا يكفي أن يكون المتعاقد ذا ولاية على محل التصرف الذي يباشره حتى يرتب العقد أثره، بل يجب أن يكون ذا ولاية على نوع التصرف أيضا.

والولاية على نوع التصرف تقتضي توافر أهلية في المتعاقد، كتصرف البائع الراشد، وخلو رضائه من عوارض الأهلية، ثم سلامة إرادته من العيوب.

فإذا تخلفت هذه الولاية، كأن يكون العقد صادرا ممن ليس له أهلية التصرف وإن كان يملك أهلية التعاقد، كتصرف ناقض الأهلية، أو كانت إرادته معيبة لإكراه مثلا، فإن العقد يكون صادرا ممن ليس له ولاية على العقد.

لذا نخصص، لهذا المبحث مطلبين، ندرس تصرفات ناقص الأهلية ومن في حكمه في (المطلب الأول)، وندرس تصرفات معيب الإرادة في (المطلب الثاني).

المطلب الأول

تصرفات ناقص الأهلية ومن في حكمه

إنّ تقسيم تصرفات ناقص الأهلية يرجع، إما إلى السن كالصبي المميز، أو إلى عارض يؤثر على أهلية الشخص بعد بلوغ سن الرشد، كالسفيه وذي الغفلة والمعتوه. ولبيان حكم تصرفات ناقص الأهلية من صغير مميز وسفيه وذي غفلة ومعتوه، ننتهج الخطة التالية: تصرفات الصبي المميز (الفرع الأول)، وتصرفات السفيه وذو الغفلة (الفرع الثاني).

الفرع الأول

تصرفات الصبي المميز

نتعرض في هذا الفرع، لتصرفات الصبي المميز في الشريعة الإسلامية ثم في القانون.

أولا – تصرف الصبي المميز في الشريعة الإسلامية:

عرف فقهاء الشريعة الإسلامية الصبي المميز بأنه هو الذي يعرف أن البيع يسلب ملكية المبيع من البائع وأما الشراء فهو يدخل المبيع في ملك المشتري، بمعنى أن المبيع سالب للملك والشراء جالب له، ويعلم الغبن الفاحش من الغبن اليسير[1]. وقد عرفت المادة 943 من مجلة الأحكام العدلية الصغير المميز بأنه: « هو الذي لا يفهم البيع والشراء، أي لا يعلم كون البيع سالبا للملك والشراء جالبا له، ولا يميز الغبن الفاحش من اليسير، والطفل الذي يميز هذه المذكورات يقال له صبي مميز ».

وليس لبداية التمييز سن معينة من عمر الإنسان أو علامة طبيعية، ذلك، لأن التمييز يظهر في الإنسان على تدرج، فهو قد يبكر وقد يتأخر، بحسب اختلاف استعداد الإنسان وبيئته ودرجة ذكائه ومواهبه العقلية[2]. غير، أن فقهاء الشريعة أقاموا قرينة على بدء التمييز ببلوغ سبع سنين[3]. فالبعض منهم استند في تحديد بلوغ سبع سنوات بدء للتمييز إلى الحديث الشريف: « **مروا أولادكم بالصلاة وهم أبناء سبع** »، ولما كانت الصلاة تصلح بعد سبع سنوات، فتكون السن نفسها للتمييز[4].

وبرر البعض الآخر هذا السن على أساس أنه السن الذي تنتهي إليه حضانة النساء. وقد حدد المشرع الجزائري سن التمييز ببلوغ الشخص الثالثة عشر سنة وذلك بموجب الفقرة 2 من المادة 42 للقانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005[5]. ونلاحظ أنها لا زالت

---

1 – محمد أبو زهرة، الملكية، المرجع السابق، ص288؛ عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق، ص288؛ أحمد أبو الفتح، المعاملات في الشريعة الإسلامية، ج 1، المرجع السابق، ص144.

2 – أحمد فراج حسين، الملكية، المرجع السابق، ص214؛ مصطفى شلبي، المدخل، المرجع السابق، ص494.

3 – محمد سعيد جعفور وفاطمة إسعد، المرجع السابق، ص19؛ محمد سعيد جعفور، تصرفات ناقص الأهلية، المرجع السابق، ص10؛ محمد مصطفى شلبي، المدخل في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص706.

4 – أحمد إبراهيم، "الأهلية وعوارضها والولاية في الشرع الإسلامي"، مجلة القانون والاقتصاد، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، العدد الأول، سنة أولى، ماي 1931، ص354.

5 – تنص الفقرة 2 من المادة 42 تقنين مدني جزائري على: « يعتبر غير المميز من لم يبلغ ثلاث عشرة سنة » وبمفهوم المخالفة فكل من بلغ ثلاثة عشر كان مميزا.

سن متأخرة سواء، بالنسبة إلى ما هو متفق عليه من طرف فقهاء الشريعة الإسلامية، أو من سار على نهجهم من المشرعين.

وقد جعلها المشرع المصري بموجب المادة 45 فـ2 من التقنين المدني بسبع سنوات، وكذلك فعل المشرع السوري والأردني والعراقي، كما حددها المشرع الألماني بموجب المادة 106 من التقنين المدني بسبع سنوات.

في حين جعلها المشرع التونسي والمغربي بثلاث عشر سنة. كما جرى القضاء في فرنسا على اعتبار سن التمييز سبع سنوات، رغم عدم وجود نص بذلك[1].

فإنّ فقهاء الشريعة الإسلامية قد اتفقوا على أن تصرفات الصبي المميز لا تخرج عن ثلاثة أقسام:

1- التصرفات النافعة نفعا محضا:

وهي التي يكون من شانها زيادة أموال الصغير المميز أو إنقاص ديونه دون أي التزام، كقبول الهبة وقبول الصدقة، ونظرا لمصلحة القاصر فيها ولانتفاء أي ضرر فيها، فاجمع الفقهاء على صحتها وعلى نفاذها دون توقف على إجازة من له الولاية عليه[2].

2 – التصرفات الضارة ضررا محضا:

وهي التصرفات المفقرة للذمة المالية للقاصر، كالتبرع والقرض والكفالة بالدين ونحو ذلك. وقد اتفق الفقهاء على أن هذه التصرفات تقع منه باطلة ولو أجازها الولي، لأن ما صدر باطلا لا ينقلب صحيحا، ولأن الولي لا تصح منه هذه التصرفات إذا باشرها بنفسه ابتداء، فأولى ألا تصح منه بالإجازة انتهاء[3]. وقد نصت على حكم هذين النوعين من التصرفات المادة 967 من مجلة الأحكام العدلية حيث جاء فيها: « يعتبر تصرف الصغير المميز إذا كان في حقه نفع محض، فإذا أجر الصغير نفسه يستحق الأجر وإن لم يأذن به

---

1 – نص المادة 45 فـ2 من التقنين المدني المصري؛ 47 من القانون المدني السوري؛ 118 فـ2 من التقنين المدني الأردني؛ 97 فـ2 من التقنين المدني العراقي؛ والمادة 45 فـ2 من النقنين المذني الليبي؛ والفصل 156 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية؛ والفصل 133 من قانون الأحوال الشخصية المغربي؛ وتقضي المادة 106 من التقنين المدني الألماني ذلك بالصياغة الفرنسية أنه:

(aux termes des articles 107 a113, tout mineur ayant accompli sa septième année jouit d'une capacité restreinte d'exercer ses droits).

2 – أحمد فراج حسين، المرجع السابق، ص214؛ صلاح الدين محمد شوشاري، المرجع السابق، ص86.

3 – عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق، ص289؛ غني حسونة طه، المرجع السابق، ص171.

الولي ولم يجزه كقبول الهدية والهبة.

ولا يعتبر تصرفه الذي هو في حقه ضرر محض وإن أذن بذلك وليه وأجازه، كأن يهب لآخر شيئا » وهو نص مطابق للمادة 484 و485 من مرشد الحيران، وهو ما أخذ به المشرع الجزائري في المادة83 من تقنين الأسرة إذ جاء فيها: « من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد طبقا للمادة 43 من القانون المدني تكون تصرفاته نافذة إذا كانت نافعة له وباطلة إذا كانت ضارة به... »[1].

وإذا كانت أغلب آراء الفقهاء متفقة بشأن نفاذ وصحة التصرفات النافعة نفعا محضا وبطلان التصرفات الضارة ضررا محضا التي يبرمها الصبي المميز، فإن الأمر يختلف فيما يتعلق بالتصرفات الدائرة بين النفع والضرر.

3- التصرفات الدائرة بين النفع والضرر:

وهي التصرفات التي تحتمل أن تكون نافعة للصغير ومحققة مصلحة له، وتحتمل أن تكون ضارة به، تفوت له مصلحة وترتب عليه التزاما دون مقابل، وذلك كالبيع والشراء والإجارة وسائر عقود المعاوضات والمبادلات المالية في مختلف صورها، المحتملة للربح والخسارة[2].

وقد انقسم الفقه في حكم هذا النوع من التصرفات إلى اتجاهين: اتجاه يرى أن تصرف الصبي ينعقد موقوف على إجازة الولي أو الصبي بعد بلوغه، وهو رأي كل من الحنفية[3] والمالكية[4] والحنابلة[5].

---

1 – انظر في التشريعات العربية المواد: 97 من التقنين المدني العراقي، 118 فـ2 من التقنين المدني الأردني، 54 من التقنين المدني السوداني؛ 159 من التقنين المدني الإماراتي؛ 111 من التقنين المدني المصري؛ والفصل 156 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية.

2 – مصطفى شلبي، المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص495؛ محمدي زواوي فريدة، المدخل للعلوم القانونية، نظرية الحق، 1997، ص97؛ كمال حمدي، الأحكام الموضوعية في الولاية على المال: القاصر–الولاية– الوصاية–الحجر القضائي–الغيبة–المساعدة القضائية، دار نشاة المعارف، الاسكندرية، دون تاريخ النشر ص123 وما يليها.

3 – الكاساني، بدائع الصنائع، ج 7، المرجع السابق، ص171. جاء فيها: « ... أما الدائرة من النفع والضرر كالبيع والاجارة ونحوهما فتنعقد موقوفة على اجازة وليه فان اجاز وليه فان اجاز جاز وإن رد بطل » .

4 – تنص المادة 24 من مجلة الاحكام العدلية على المذهب المالكي على ما يلي: « ويصح عقد السفيه أو الصغير المميز ولا يكون لازما الا إذا امضاه وليه أو كان وكيلا في عقده عن رشيد » .

5 – ابن قدامة، المغني، ج 4، المرجع السابق، ص7 جاء ما يلي: « ويحتمل إن يصح ويقف على اجازة الولي وهو قول أبي حنيفة، وهو مبني على تصرف الفضولي » .

واتجاه آخر، يرى ببطلان هذا النوع من التصرفات، وإليه جنح كل من الشافعية[1] والحنابلة في الرواية الثانية.

ونعرض لكل اتجاه ولأدلته وحججه على النحو التالي:

الاتجاه الأول: بطلان التصرف الدائر بين النفع والضرر

يرى أنصار هذا الاتجاه، أن تصرف الصبي المميز الدائر بين النفع والضرر باطل بطلان مطلق ولو أذن به الولي، واستدلوا بقوله صلى الله عليه وسلم: « **رفع القلم عن ثلاث: الصبي حتى يبلغ، وعن النائم حتى يستقيظ وعن المجنون حتى يعقل** »[2].

ووجه الاستدلال، أن الصبي المميز غير مكلف، كما أن الحديث يدل على إسقاط أقواله وأفعاله، فهو في هذا، أشبه بالصبي غير المميز لما أن البلوغ يعني الرشد وليس التمييز. كما أنهم قاسوا تصرفات الصبي المميز بتصرفات الصبي غير المميز.

فهو قياس مردود، لأن عديم التمييز ليس في تصرفه أية مصلحة يقصدها فهو عديم العقل، أما المميز فهو يعقل العقد ويدرك ما فيه من مصلحة، ولذلك فهو قياس مع الفارق[3].

كما برر أصحاب هذا الرأي موقفهم، بأنه لا يثبت العقل بالمظنة عند الصبي المميز، وهو ما جعل بالشريعة توجب علامات في البلوغ تعتبر دليلا على العقل، فقبل ظهورها لا يوجد ما يدل على أن الشخص يدرك المصالح من المفاسد.

ورد على هذا الرأي، إنما التمييز يعرف حسب التصرفات والآثار الناتجة عنها وما تتحقق منه من مصالح، فهناك من هو بالغ ولا يستطيع التمييز بين الصالح والفاسد.

كما، ألحقوا أصحاب هذا الرأي، تصرف الصبي المتردد بين النفع والضرر بالتصرف الضار، كالطلاق والعتاق الذي لا يصلح فيه التصرف ولو أذن الولي، وعلى ذلك لا يصلح تصرف الصبي المميز ولو كان مأذونا[4]. فرد على هذا الاستدلال، بأن إلحاق تصرف الصبي

---

1 – جاء في المجموع للنووي (ج 8، المرجع السابق، ص106) ما يلي: « لا تصح من الصبي تصرفاته القولية، لا يصح قبضه في تلك التصرفات... ».

2 – عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق، ص266؛ طاهر خليفة السيسني، المرجع السابق، ص83.

3 – محمد سعيد جعفور وفاطمة إسعد، المرجع السابق، ص ص70 –71.

4 – محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد، المرجع السابق، ص291؛ علي الخفيف، المعاملات الشرعية، المرجع السابق، ص281؛ محمد سلام مدكور، المرجع السابق، ص449.

المميز بالتصرف الضار، كالطلاق والعتاق فهو ممنوع إذ كل من الطلاق والعتاق ضرر محض، فكيف يلحق بيهما التصرف المتردد بين النفع والضرر والفرق بينهما واضح[1].

وخلاصة موقف الفقهاء المنتمين الى هذه الطائفة، التي تنكر مثل هذا النوع من التصرفات، فإن العقد الصحيح لا يمكن ان يكون الا نافذا، فليس عندهم عقد صحيح موقوف. وهو الرأي الذي جنح اليه فقهاء الشافعية في المذهب الجديد والحنابلة في إحدى الروايتين.

الاتجاه الثاني: وقف تصرف الصبي المميز الدائر بين النفع والضرر

استدل أصحاب هذا الاتجاه، كل من الأحناف والمالكية وبعض الفقهاء المحدثين، على صحة تصرف الصغير بالآية الكريمة ﴿ **وَابْتَلُوا الْيَتَامَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ...** ﴾[2].

ومعنى الآية، هو اختبار الصبي حتي يعلموا رشدهم، وإن الاختبار لا يتحقق إلا بتفويض التصرف إليهم من بيع وشراء وغيره من تصرفات، ليعلم الأولياء هل يغبن اليتيم في تصرفه أم لا؟

والولي هو الذي يدرك المصلحة والمضرة، فيتوقف التصرف على إجازته، فلم تكن هناك أية مضرة طالما أن التصرف موقوف على الإجازة، بل بالعكس، إن فيه اختيارا له تطبيقا لقوله تعالى ﴿ **وَابْتَلُوا الْيَتَامَى...** ﴾ كما أن الإجازة لا تحصل إلا إذا وجدت مصلحة، فإنها دفع للضرر.

فإن الصغير المميز لم يكتمل عقله بعد، ففي رأيه ضعف، فكان لابد من رأي وليه لتنفيذ العقد عليه، فإن رآها صالحة له أجازها وإن رآها غير صالحة له ردها. ولما كانت التصرفات الدائرة بين النفع والضرر تحمل المصلحة وكذا الضرر، فمن يدرك ذلك ويتحقق منه هو الولي أو الوصي أو الصبي بعد بلوغه[3].

وإذا أجاز الولي تصرف ناقص الأهلية، فإن هذه الإجازة تعد إذنا له في مباشرة التصرف الذي أجراه، لأن الإجازة اللاحقة كالإذن السابق، ويكون الولي بهذه الإجازة قد

---

1 – عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق، ص295.

2 – سورة النساء الآية رقم 6 وجاء في تفسير هذه الآية: « هو أن يتأمل الوصي أخلاق يتيمه ويسمع إلى أغراضه فيحصل له العلم بحياته، والمعرفة بالسعي في مصلحته، وما إن كان مهملا ولا يحتفظ بماله، فالوصي هو الذي يقدر ذلك ويأذن أو لا يأذن ».

3 – عيسى عبد القادر المومني، المرجع السابق، ص262؛ عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق، ص ص297–298.

اسقط حقه في منع المحجور عليه من التصرف، ومن ثم فإن ناقص الأهلية، يكون حكمه بهذه الإجازة حكم كامل الأهلية، يتصرف بولايته هو لا بالنيابة عن صاحب الولاية. فإن باع سلعة مثلا وأجاز الولي العقد، فإن ناقص الأهلية هو الذي يباشر هذا العقد، ويكون مسؤولا أمام المشتري وملزما بتسليم المبيع، ويكون الرد عليه بالبيع أو الاستحقاق ونحو ذلك، كما انه، هو الذي يتولى مطالبة المشتري بالثمن[1].

هذا بالإضافة إلى أنّ وقف التصرف لا يترتب عليه أي ضرر للصبي أو لوليه، بل يحتوي فائدة عملية هي اختبار الصبي وتمرينه على تصرفات البالغين، كما أن الوقف يحقق حماية للغير فلا يلحقه أي ضرر من تعاقده مع شخص مميز، وفيه سد لباب الضرر عن الصبي، وذلك، أن الإجازة لن تحصل إلا إذا تبين أن التصرف يحقق له فائدة[2].

ونرجح هذا القول، لأنه أقوى حجة لأدلته القوية ولأنه يهدف إلى حماية الصبي وعدم الإضرار به. فهذه التصرفات تقع صحيحة في ذاتها لوجود أصل الأهلية في الصغير المميز، ولكن نظرا لأنها أهلية ناقصة، فإن نفاذها يتوقف على إجازة وليه، فإن أجازها نفذت وان لم يجزها بطلت. غير، أنه يشترط لصحة إجازة الولي، ألا يكون التصرف الصادر من الصبي منطويا على غبن فاحش[3]، فإن أشتمل التصرف على غبن فاحش لم يملك الولي إجازته، لأنه لا يملك أن يبرم التصرف مع الغبن الفاحش ابتداء، فلا يملك إجازته انتهاء. بينما، نجد في القانون المصري والجزائري، أن القابلية للإبطال من الولي أو المحكمة لا يشترط لها وجود غبن فاحش، إذ أن للقاصر بعد بلوغه أو الولي أو للمحكمة الحق في طلب إبطال التصرف، بغض النظر عن النفع أو الضرر الذي فيه.

ثانيا – تصرف الصبي المميز في القانون:

إنّ اغلب التشريعات المدنية أخذت بفكرة الفقه الإسلامي في تقسيم تصرفات الصبي المميز إلى تصرفات نافعة نفعا محضا، وتصرفات ضارة ضررا محضا، وتصرفات مترددة بين النفع والضرر. وهو، ما تناوله المشرع الأردني في المادة 181 والمشرع المصري في المادة 111 والمشرع العراقي في المادة 98 والمشرع الإماراتي في المادة 159 والمشرع

1 – خليفة السيسني، المرجع السابق، ص245.

2 – محمد سعيد جعفور وفاطمة إسعد، المرجع السابق، ص77.

3 – أحمد فراج حسين، المرجع السابق، ص216.

الجزائري في نص المادة 83 من تقنين الأسرة. إلا أنها اختلفت في حكمها في ما يتعلق بالتصرفات الدائرة بين النفع والضرر، فإن اعتبرتها أغلب التشريعات العربية متوقفة على الإجازة، اعتبرتها تشريعات أخرى قابلة للإبطال ومنها القانون المدني المصري في المادة 111 منه، اقتداء بقانون نابليون.

حيث ان المشرع المصري وإن كان قد استمد التقسيم الثلاثي لتصرفات الصغير من الفقه الإسلامي، واتفق معه فيما يتعلق بحكم تصرفاته الضارة ضررا محضا وكذا تصرفاته النافعة نفعا محضا، إلا انه جعل تصرفاته الدائرة بين النفع والضرر قابلة للإبطال، إذ يخلط بين أحكام الشريعة الإسلامية وأحكام الفقه الغربي[1].

وتنص المادة 111 منه على: « إذا كان الصبي مميزا كانت تصرفاته المالية صحيحة متى كانت نافعة نفعا محضا، وباطلة إذا كانت ضارة ضررا محضا.

أما التصرفات الدائرة بين النفع والضرر فتكون قابلة للإبطال لمصلحة القاصر ويزول حق التمسك بالإبطال إذا أجاز القاصر التصرف بعد بلوغه سن الرشد، أو إذا صدرت الإجازة من وصيه أو من المحكمة بحسب الأحوال وفقا للقانون ».

وإذا كان المشرع الجزائري قد اخذ في تقنين الأسرة بالتقسيم الثلاثي لتصرفات الصبي المميز بموجب المادة 83 منه، فإنه اعتنق بشكل صريح الرأي الراجح في الفقه الإسلامي القائل بوقف تصرفات الصبي المميز، إذا تراوحت هذه التصرفات بين النفع والضرر، حيث جاء في نص المادة 83 ما يلي: « ... وتتوقف على إجازة الولي أو الوصي فيما إذا كانت مترددة بين النفع والضرر... »[2].

ومع الإشارة إلى أن المشرع الجزائري قد جعل هذا التصرف يأخذ حكما مزدوجا[3]، إذ بموجب المادة 101 من التقنين المدني يعتبر هذا التصرف قابلا للإبطال، في حين أنه بمقتضى نص المادة 83 من تقنين الأسرة يكون التصرف موقوف النفاذ على إجازة الولي

1 – عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق، ص300؛ كمال حمدي، المرجع السابق، ص125.

2 – وهو ما قضت به المادة 967 من مجلة الأحكام العدلية والمادة 118 فـ2 من التقنين المدني الأردني؛ 97 من التقنين المدني العراقي؛ 87 من التقنين المدني الكويتي؛ 61 من التقنين المدني اليمني؛ والمادة 5 من التقنين المدني السوداني؛ في حين أخذ المشرع الجزائري في المادة 101 منه بقابلية الإبطال للتصرف الذي يجريه ناقص الأهلية متفقا مع مسلك المشرع المصري في نص المادة 111.

3 – محمد سعيد جعفور وفاطمة إسعد، المرجع السابق، ص167.

أو الوصي. لكن إذا كان الأمر كذلك فيطرح السؤال التالي:

ما هو الحكم الذي يجب الاعتداد به: الوقف أم القابلية؟

نظرا لوجود تعارض بين نصين قانونين مختلفين، حيث يحمل كل منهما حكما مغايرا للحكم الآخر، مما يستحيل الجمع بينهما، ولما أن الحكمين واردان في نصين مختلفين ولكن متساويان في القوة، فإننا نرى اعتبار النص الأحدث وهو نص المادة 101 من التقنين المدني الجزائري الصادر بتاريخ 1975 المعدل بالقانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005، ملغيا للنص الاقدم (وهو نص المادة 83 من تقنين الاسرة الصادر في 09 جوان 1984)، وهذا تطبيقا لنص المادة الثانية للتقنين المدني، التي تقضي على أنه: « لا يجوز الغاء القانون الا بقانون لاحق بنص صراحة على هذا الالغاء »، وبذالك تكون فكرة الوقف التي جاءت في المادة 83 الواردة في قانون الأسرة ملغاة الغاء ضمني بنص المادة 101 وما بعدها من التقنين المدني.

ثالثا – حكم تصرف المأذون له:

نتناول بداية حكمه في الفقه الإسلامي ثم حكمه في القانون.

1- حكمه في الفقه الإسلامي:

لقد اختلف الفقهاء الشريعة الإسلامية حول جواز الإذن للصبي المميز بتعاطي التجارة والتصرفات، فمن يقول ببطلان تصرفات الصبي حتى ولو أذن له فيها. ومن قائل بأن التصرفات الدائرة بين النفع والضرر موقوفة على إجازة الولي أو الوصي أو إجازة الصبي بعد بلوغه سن الرشد، ومن قائل بصحة تصرفاته المأذون له فيما أذن له فيها، وعدم صحة غير المأذون له[1].

فالشافعية[2] والحنابلة[3] في إحدى الرواية لا يجيزون الإذن للصبي بإجراء التصرفات الدائرة بين النفع والضرر، إلا بعد بلوغ الصبي سن الرشد، استنادا إلى الحديث الشريف القائل « **رفع القلم عن الصبي حتى يبلغ** »، فاشتراط البلوغ ضروري لصحة الإذن إذا أنس منه الرشد بعد البلوغ وليس قبله.

---

1 – أحمد فراج حسين، المرجع السابق، ص216.

2 –المجموع للنووي (ج 9، المرجع السابق، ص155) ورد فيها:

« إنّ تصرف الصبي المميز لديهم لا يصح ولو كان مأذونا ».

3 – الشرح الكبير، ج 4، المرجع السابق، ص6.

أما الحنفية[1] والحنابلة في القول الراجح لديهم[2] يجيزون الإذن للصبي في التصرفات العقدية كاختبار له، فيدفع له شيء من أمواله لينظر الولي هل يقدر على حفظ أمواله، فإن أحسن كان راشدا ولا يظهر ذلك إلا بالتجارة. وفي ذلك، معنى الآية اختبروهم لتعلموا رشدهم. استنادا لقول الله تعالى ﴿ **وَابْتَلُوا الْيَتَامَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ...** ﴾[3].

فإن كان مأذونا له في التجارة فتصرفه صحيح نافذ، وإن لم يكن مأذونا له فتصرفه موقوف على إجازة الولي.

مع الملاحظة، ان فقهاء الشريعة الإسلامية عندما أجازوا نظام الترشيد جعلوا سن التمييز سبع سنوات، وتركوا الترشيد في أية سن يرى الولي أو الوصي أنّ صبي إن بلغها صار أهلا للترشيد، مصداقا لقول الله تعالى الآية السابقة.

2- حكمه في القانون

ففي القانون المدني المصري تنص المادة 112 على ما يلي: « إذا بلغ الصبي المميز الثامنة عشرة من عمره وأذن له في تسليم أمواله لإدارتها، أو تسلمها بحكم القانون كانت أعمال الإدارة منه صحيحة في الحدود التي رسمها القانون ».

والتي تقابلها **في القانون المدني الجزائري** نص المادة 38 فـ2 الذي جاء فيها: « غير انه يكون للقاصر المرشد موطن خاص بالنسبة للتصرفات التي يعتبره القانون أهلا لمباشرتها »[4].

في حين قضت المادة 84 من تقنين الأسرة أنه: « للقاضي ان يأذن لمن يبلغ سن التمييز في التصرف جزئيا أو كليا في أمواله، بناء على طلب من له مصلحة، وله الرجوع في الإذن اذ ثبت لديه ما يبرر ذلك ». ومقتضى هذا النص انه يجوز ترشيد من بلغ ثلاثة

---

1 – الكاساني، بدائع الصنائع، ج 7، المرجع السابق، ص171.

2 – البهوتي، كشاف القناع عن متن القناع، للعلامة منصور بن يونس بن ادريس البهوتي، مراجعة الشيخ هلال مصيلحي مصطفى هلال، عالم الكتب، بيروت، 1983، ج 3، ص151 ورد فيها:

« يصح وينفذ تصرف الصبي المميز سواء كان نافعا محضا أو دائرا بين النفع والضرر إذا كان الولي قد أذن به، لكن المالكية اشترطوا أن يعلم من الصبي المميز الخبر وظاهره الحذق والمباهة وأن يكون المال الذي يختبر فيه لا يؤدي إلى الافتقار، بمعنى آخر أن يكون في حدود مبلغ محدد بحيث لا يتضرر إذا غبن في تصرفه ».

3 – سورة النساء، الآية 6.

4 – التقنين المدني المعدل بقانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005.

عشرة سنة، إذ أن سن التمييز يحدد بثلاثة عشر سنة، طبقا لأحكام المادة 42 من التقنين المدني الجزائري.

إلا أن المشرع الجزائري لم يحدد السن الترشيد، مثل ما حدده المشرع المصري.

ونخلص من هذا، ان سن الترشيد اصبحت بعد تعديل 2005 ثلاث عشرة سنة (13 سنة) وهو أمر انتقد من نواحي عدة ومنها:

1 – إنّها سن مبكرة جدا، فان اغلب التشريعات المعاصرة حددتها باكثر من ذلك، ففي القانون السوري والعراقي والاردني والتونسي 15 سنة، والقانون الفرنسي 16 سنة، والقانون المصري 18 سنة.

2 – إنّ تحديد سن الترشيد بثلاث عشر سنة مع بقاء سن الرشد 19 سنة، يعني ان مدة الترشيد 6 سنوات، وهي مدة مبالغ فيها تزيد عما حددتها التشريعات المقارنة، فهي ثلاث سنوات في القانون المصري والأردني والسوري، و5 سنوات في القانون التونسي، فيكون المشرع الجزائري انتقل من النقيض الى النقيض، فبعد أن كانت سنة واحدة قبل تعديل 2005 أصبحت 6 سنوات بعد التعديل.

3 – إنّ بقاء سن التمييز هي نفسها سن الترشيد حسب المادة 84، قول منتقد، فكيف يصبح من كان عديم الأهلية بين عشية وضحاها راشدا كامل الاهلية؟ فحبذا لو جعل فارقا بين سن التمييز وسن الترشيد، خاصة ان معظم التشريعات المعاصرة سلكت هذا المسلك.

4– إنّ منح من بلغ سن 13 سنة أهلية التصرف، كما تقضي به المادة 84 من قانون الاسرة، في أمواله امر غير مقبول اطلاقا، فهل يعقل ان يعطى من بلغ هذه السن حق التصرف في مختلف امواله كلها أو بعضها، بحيث يكون في استطاعته بيع العقارات ورهنها؟

وخاصة، ان جل التشريعات العربية لا تمنح المرشد إلا القيام بأعمال الإدارة وبقيود معينة، مع أن سن الترشيد عندها أكثر من 13 سنة[1].

1 – يقول حسن كيرة في مؤلفه المدخل إلى القانون، ص582 ما يلي: « ويفرض قانون الولاية على المال قيودا معينة على أهلية القاصر الماذون في شأن أعمال الإدارة، فلا يجوز له تأجير المباني لمدة تزيد عن سنة، والتصرف في صافي دخله إلا بالقدر اللازم لسد نفقاته ومن تلزمه نفقتهم قانونا (المادة 56) ويخضع القاصر المأذون في الإدارة فضلا عن ذلك لرقابة المحكمة، إذ عليه إن يقدم حسابا سنويا يؤخذ عند النظر فيه لرأي الوصي، ويجوز للمحكمة أن تحد من الإذن المعطى للقاصر أو تسلبه إياه بعد سماع أقواله، إذا قصر في تقديم الحساب السنوي أو أساء التصرف في إدارته أو قامت أسباب يخشى معها من بقاء الأموال في يده (المواد=

كما أن **القانون المدني الفرنسي** أجاز الترشيد في سن السادسة عشر بموجب المادة 477، على أساس أن سن التمييز هو سبع سنوات. وأجاز القانون المدني السوري الترشيد في سن الخامسة عشر في المادة 113 ومثله التقنين المدني الأردني في المادة 119ف/1 ومثله التقنين المدني العراقي في نص المادة 98 منه. غير، أنه إذا كانت هذه التشريعات قد سمحت بالترشيد لمن بلغ خمسة عشر سنة، فإن ذلك راجع إلى أنها حددت سن التمييز ب سبع سنوات، كما أنها لا تسمح للمأذون إلا الحق في مباشرة أعمال الإدارة.

ونخلص، من كل ما سبق، انّ الصبي المميز إذا لم يكن مأذونا وكان تصرفه دائرا بين النفع والضرر كان تصرفه موقوفا، أما إذا كان مأذونا فكانت جميع تصرفاته نافذة سواء كانت ضارة ضررا محضا أو نافعة نفعا محضا أو دائرة بين النفع والضرر، طبقا لنص المادة 84 من تقنين الأسرة الجزائري. فهي لا تحتاج لنفاذها إلى إجازة لاحقة من احد إذا تمت في حدود ما أذن له، لأن المشرع منحه أهلية أداء كاملة لمباشرته، فتكون تصرفاته في هذاالشأن كتصرفات العاقل الراشد[1]، وعلى ما سبق، فانه لا يسمح بالإذن إلا عند بلوغ 18 سنة في القانون المصري و15 سنة في القانون العراقي والسوري والأردني. والتصرفات التي يجريها المأذون له فيما أذن له فيه فقط، فلا يتعداه إلى غيره، كما لا يجوز للولي أو من يقوم مقامه أن يرفض الإذن للقاصر دون مبرر، وللمحكمة أن تعطي الإذن إذا طلب القاصر ذلك ووجدت مبررا كافيا لإعطائه الإذن في حالة رفض الولي أو الوصي الإذن له.

الفرع الثاني

تصرفات السفيه وذي الغفلة

نقسم هذا الفرع الى نقطتين، نتناول في الأولى منها تصرفات السفيه وفي الثانية منها تصرفات ذي الغفلة.

=59/58 من قانون الولاية على المال) كما يجوز للولي كذلك إذا كان هو الذي أذن للقاصر في تسلم كل أمواله أو بعضها لإدارتها، أن يسحب هذا الإذن أو يحد منه بإشهاد لدى الموثق (المادة 54 من هذا القانون) ».

1 – تنص المادة 120 من التقنين المدني الأردني على: « الصغير المأذون في التصرفات الداخلة تحت الإذن كالبالغ العاقل »؛ المقابلة لنص المادة 98 من التقنين المدني العراقي؛ المادة 56 فـ1 من قانون الولاية على المال المصري: « للقاصر المأذون أن يباشر أعمال الإدارة، وله أن يفي ويستوفى الديون المترتبة على هذه الأعمال ولكن لا يجوز له أن يؤجر الأراضي الزراعية والمباني لمدة تزيد على سنة ولا أن يفي الديون الأخرى ولو كانت ثابتة بحكم واجب النفاذ أو سند تنفيذي آخر، إلا بإذن خاص من المحكمة أو من الوصي، فيما يملكه من ذلك ».

أولا – تصرفات السفيه:

نتناول في هذا الموضوع نقطتين نخص في الاولى تعريفه وفي الثانية احكامه.

1- تعريفـــه:

إنّ السفه لغة هو: الطيش وخفة العقل[1].

وفي الاصطلاح الفقهي غلب استعمال لفظ السفه على تبذير المال وإتلافه على غير مقتضى العقل والحكمة[2].

وقد عرّفته المادة 946 من مجلة الأحكام العدلية بما يلي: « هو الذي يصرف ماله في غير موضعه ويبذر في مصروفاته ويضيع أمواله ويتلفها بالإسراف... ».

وقد عرّف « هو صفة تعتري الإنسان فتبعثه على خلاف مقتضى العقل والشرع مع قيام العقل حقيقة »[3].

أما في الاصطلاح القانوني، فقد عزف المشرع عن تعريف السفيه، تاركا الأمر في ذلك، للفقهاء باعتبارها مسألة فقهية.

وعرّفه شراح القانون المدني بتعريفات مختلفة، فقد قيل هو من يبذر المال على غير مقتضى العقل والشرع ولو كان على سبيل الخير، أو هو المغلوب بهواه فيعمل بخلاف موجب العقل والشرع مع قيام العقل[4].

ونلاحظ، من التعريفات السابقة في الاصطلاح القانوني، انّ السفيه لا يخرج من معناه في الاصطلاح الشرعي، فهو لا يخل بمناط أهلية الأداء لدى السفيه وهو العقل، بل يمس تدبيره. فيكون السفيه كامل العقل ولكنه مغلوب بهواه، سيء التدبير فاسده، لذا يمنع من التصرف في ماله صيانة له وخشية عليه من الضياع في إنفاقه بغير مقتضى العقل[5].

2 – حكم تصرفات السفيه في الفقه الإسلامي:

لقد عرف الفقهاء الأحناف السفيه بأنه: « هو الذي لا يحسن، إدارة أمواله، فينفقها فيما

---

1 – في التعريف اللغوي للسفه: المقري، المصباح المنير، ج 1، ص380.

2 – تبين الحقائق (الزيعلي، ج 5، المرجع السابق، ص193) جاء فيها: « هو عمل بخلاف موجب الشرع وإتباع الهوى وترك ما يدل عليه العقل »؛ محمد سعيد جعفور، تصرفات ناقص الأهلية، المرجع السابق، ص51.

3 – بدران أبو العينين، الشريعة الإسلامية، تاريخها ونظرية الملكية والعقود، القاهرة، مصر، 1986؛ محمد سلام مدكور، المرجع السابق، ص496.

4 – مصطفى شلبي، المدخل بالتعريف بالفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص504.

5 – محمد سعيد جعفور وفاطمة إسعد، المرجع السابق، ص23.

لا يحل وفي البطالة، ويعمل فيه بالتبذير والإسراف ».

ولا يحجر على السفيه إلا بحكم الحاكم على الراجح، فإذا تصرف قبله فإن تصرفه ينفذ ويقع صحيحا[1].

وعند المالكية هو: « التبذير وعدم حسن التصرف في المال، فمتى اتصف الشخص بذلك سواء كان ذكرا أو أنثى فإنه يكون مستحقا للحجر عليه »[2].

وحماية للسفيه، اختلف الفقهاء في الحجر عليه ومنعه من بعض التصرفات.

فذهب أبو حنيفة لدى فقهاء الأحناف، إلى عدم الحجر على السفيه، لأن الحجر في نظره استلاب لآدميته وإلحاقه بالبهائم، وهو أشد من التبذير. وإنّ الشخص إذا بلغ رشدا اكتملت أهليته وارتفعت الولاية عنه وسلم له ماله، فإذا ما عرض له السفه بعد ذلك فلا يحجر عليه ولا يسلب منه ماله، لأن الحجر إهدار لأدميته[3].

أما إذا بلغ سفيها، فإنّه يرى أن أهليته تكتمل والولاية ترتفع عنه ولا يسلم إليه ماله إلا احتياطا فقط وليس حجرا عليه، حتى إذا تبين رشده فعلا سلم إليه، وإن لم يتحقق رشده وبلغ خمسا وعشرون سنة سلم إليه المال، لأن من وصل إلى هذا السن ولم يرشد لا ينتظر منه رشد بعد ذلك، لما أن مثل هذه السن غالبا ما يتحقق فيها الرشد[4].

وذهب أبو يوسف ومحمد من الحنابلة إلى أنه يحجر على السفيه، وحكم المحجور عليه كحكم الصبي المميز في التصرفات التي تحتمل الفسخ ويبطلها الهزل، كالبيع والشراء، أما التصرفات التي لا تحتمل الفسخ ولا يبطلها الهزل كالنكاح والطلاق فإنّه لا خلاف في أن السفيه البالغ تنفذ تصرفاته فيه[5]. فيما عدا الوصية فإنها تصح من السفيه على خلاف الصغير، حيث يجوز للسفيه شرعا أن يوصي بثلث ماله وإن كان له وارث.

---

1 – عبد الرحمان الجزيري، المرجع السابق، ص364 ورد فيها: « هو الذي لا يحسن، إدارة أمواله، فينفقه فيما لا يحل وفي البطالة، ويعمل فيه بالتبذير والإسراف... ».

2 – عبد رحمان الجزيري، المرجع السابق، ص365 قال المالكية: « لسفه هو التبذير وعدم حسن التصرف في المال، فمتى اتصف الشخص بذلك سواء كان ذكرا أم انثى فانه مستحقا للحجر عليه... ».

3 – الكاساني، ج 5، المرجع السابق، ص166؛ علي الخفيف، أحكام المعاملات، المرجع السابق، ص269.

4 – الزيلعي، تبيين الحقائق، ج 5، المرجع السابق، ص193؛ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي، ج 4، المرجع السابق، ص130.

5 – عبد الرحمان الجزيري، المرجع السابق، ص325.

والحكمة من الحجر على السفيه عند أبي يوسف ومحمد وسائر الفقهاء، انه لو يترك السفيه حرا بإسرافه وإتلافه فسوف يفتقر ويصبح وبالا على المجتمع، بينما الحجر عليه يؤدي إلى حفظ أمواله وصيانتها ودفع الضرر عن الجماعة حتى لا تصير عالة عليها، أو مصدرا للإيذاء والخطر، فضلا عن حفظ مصالح الغير كالدائنين.

والله تعالى يقول: ﴿ **وَلا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَامًا وَارْزُقُوهُمْ فِيهَا وَاكْسُوهُمْ وَقُولُوا لَهُمْ قَوْلاً مَعْرُوفًا** ﴾[1].

وإذا كان الفقهاء يرون أنه يحجر على السفيه، فهل يصير محجورا عليه لمجرد سفه أم لا بد من تقرير القاضي لذلك؟

ذهب الإمام محمد بن الحسن أن حجر السفيه يثبت بمجرد السفه ويرتفع عنه بزواله، فكل تصرف يصدر منه بعد ثبوت السفه عليه لا يكون نافذا حتى ولو لم يصدر حكم القضاء للحجر، لأن العلة متى وجدت وجد معلولها بلا توقف على أمر آخر[2].

وذلك، قياسا على الصبي غير المميز والمجنون والمعتوه، فإن الحجر عليهم لا يحتاج إلى حكم القاضي، فالأمر كذلك بالنسبة للسفيه[3].

بينما ذهب أبو يوسف وجمهور الفقهاء إلى أن الحجر على السفيه لا يثبت ولا ينفك عنه إلا بحكم من القاضي، وقالوا أنه على القاضي أن ينشر أمر الحجر عليه وأن يذيع خبره بين الناس تجنبا للتعامل معه، وتأسيس ذلك، على أن هناك بعض التصرفات من يراها البعض سفها ولا يراها البعض الآخر كذلك، ويكون الفصل بين النظريتين هو حكم القاضي[4].

ونرجح الرأي الذي ذهب إليه جمهور الفقهاء في أن يحجر على السفيه بموجب حكم من القضاء، لكون السفه فكرة معيارية تختلف من وجهة نظر إلى أخرى، وبذلك يكون حكم القاضي هو الفاصل بينها، كما أن توقف الحجر على حكم القاضي فيه إعلام للناس وحماية لهم.

ذهب فقهاء الشريعة الإسلامية والقائلون بالحجر على السفيه، إلى أن حكم تصرفات السفيه المالية بعد الحجر عليه كتصرفات الصبي المميز من حيث الصحة والبطلان والتوقف.

---

1 – سورة النساء، الآية 5.

2 – أحمد إبراهيم، المرجع السابق، ص173؛ أحمد فراج حسين، المرجع السابق، ص229.

3 – وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، ص130؛ مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص718.

4 – أحمد إبراهيم، المرجع السابق، ص370.

3- أقسام تصرفات السفيه:

أ- التصرفات النافعة نفعا محضا كقبول الهبة، وإبرائه من الدين، وجل التبرعات غير المشروطة، تعتبر تصرفات صحيحة نافذة لأنها محض منفعة، وهو ما أجمع عليه الفقهاء[1].

ب- التصرفات الضارة ضررا محضا، فلا يجوز للسفيه مباشرتها، كما لا يجوز لوليه ذلك، لأن فيه ضررا محدقا به، وقد استثنى جمهور الفقهاء الوصية من هذه التصرفات وذهبوا إلى جوازها. واستثنى المشرع الأردني من هذه التصرفات الوصية والوقف[2].

ج- التصرفات الدائرة بين النفع والضرر، فقد اختلف رأي الفقه فيها:

فالإمام أبو حنيفة يرى أن التصرفات المالية الدائرة بين النفع والضرر التي يبرمها السفيه تعتبر صحيحة نافذة، فهو كالرشيد في كل تصرفاته. غير أن هذا القياس مردود، لأن السفيه يبذر ماله، أما الرشيد ليس كذلك فهو ذو أهلية كاملة، فيكون القياس قياسا مع الفارق[3].

بينما ذهب أبو يوسف ومحمد من الأحناف[4] وكذلك المالكية[5] إلى أن تصرفات السفيه الدائرة بين النفع والضرر تنعقد موقوفة على إجازة الولي، فإن أجازها نفذت وإن ردها بطلت.

واستدل أنصار هذا الرأي إلى أن السفيه فاسد التدبير، ضعيف الإرادة، لا يقدر عواقب الأمور، فكان لابد من رأي وليه. كما أن السفيه وإن كان عاقلا، فإنه محجور عليه كالصبي المميز، فصح تصرفه بالإذن فيه، فإذا صح تصرف الصبي مع الإذن، فلا يمكن منع تصرف السفيه مع الإذن من باب أولى، فلو قلنا بمنع تصرفه بالإذن لم يكن هناك سبيل لمعرفة رشده واختباره.

- ويرد على هذا القياس بأنه قياس مع الفارق، إذ أن علة الحجر على الصبي المميز

---

1 - عبد المجيد الحكيم، الكافي، المرجع السابق، ص298؛ عدنان السرحان ونوري خاطر، المرجع السابق، ص117.

2 - تنص المادة 130 من التقنين المدني الأردني على:

« يكون تصرف المحجور عليه لسفه أو غفلة بالوقف أو الوصية صحيحا متى آذنته المحكمة في ذلك »؛ يطابق نص المادة 112 من التقنين المدني المصري.

3 - عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق، ص307.

4 - الكاساني، بدائع الصنائع، ج 7، المرجع السابق، ص171 وهذا الحكم يقتصر على التصرفات القابلة للفسخ كالبيع والإيجار والهبة أما سوى ذلك كالنكاح والعتق فتصح وتنفذ.

5 - جاء في بداية المجتهد ونهاية المقتصد (للقرطبي، ج 2، المرجع السابق، ص283) ما يلي: « وأما ما يفعله بعوض فهو أيضا موقوفا على نظر وليه إن كان له ولي فإن لم يكن له ولي قدم له ول ».

هي نقص أهليته وعدم اكتمال تمييزه، أما بالنسبة للسفيه فهي تبذيره لماله[1].

وقد جاء رأي آخر في الفقه ذهب إلى بطلان تصرفات السفيه الدائرة بين النفع والضرر، وقد نادي بها كل من الشافعية[2] والحنابلة في إحدى الروايتين لديهم[3].

وقد استدلوا بقوله تعالى: ﴿ **وَلا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَامًا وَارْزُقُوهُمْ فِيهَا وَاكْسُوهُمْ...** ﴾[4].

وقوله تعالى: ﴿ **... فَإِنْ كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهًا أو ضَعِيفًا أو لا يَسْتَطِيعُ أَنْ يُمِلَّ هُوَ فَلْيُمْلِلْ وَلِيُّهُ بِالْعَدْلِ...** ﴾[5].

ووجه الاستدلال من هاتين الآيتين أن السفيه مبذر ومتلف لماله فوجب أن تناط تصرفاته بوليه، فإن عقد تصرفا دون إذن وليه كان التصرف باطلا. كما قاسوا تصرفاته على تصرفات الصبي التي تكون باطلة، لأن الصبي إنما حجر عليه لنقص أهليته ولتوهم تبذير ماله، فكذلك السفيه تحقق منه التبذير ولهذا يمنع عنه ماله ابتداء.

إضافة إلى ذلك فكيف يمكن القول أن السفيه إذا تصرف بإذن وليه جاز التصرف، وإن كان بدون إذنه بطل، والإذن لا يقلب التصرف غير صحيح تصرفا صحيحا بل ينقله من الوقف إلى النفاذ، وهو ما ذهب إليه اغلب الفقه لذلك أن الرأي الراجح في الفقه هو أن تصرفات السفيه تنعقد موقوفة على إجازة وليه[6].

ثانيا – تصرفات ذي الغفلة:

الغفلة لغة: غفلة عن الشيء غفولا وعدم تذكره له، وقد استعمل فيمن سهى من قلة

---

1 – عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق، ص308.

2 – جاء في نهاية المحتاج (للشافعي الصغير، ج 4، المرجع السابق، ص366) ما يلي: « ولا يصح من المحجور عليه لسفه حسا أو شرعا (بيع) ولو بقبض أو إلزامه (ولا شراء) وان أذن الولي وقدر العوض لأن تصحيح ذلك يؤدي إلى إبطال معنى الحجر ولأنهما إتلاف وصفية ».

3 – جاء في الشرح الكبير (لابن قدامة المقدسي، ج 4، المرجع السابق، ص7) على ما يلي: « والثانية لا يصح لأن الحجر عليه لتبذيره وسوء تصرفه فإذا أذن له فقد أذن فيما لا مصلحة فيه فلم يصح ولو أذن في بيع ما يساوي عشرة بخمسة ».

4 – سورة النساء، الآية 5.

5 – سورة البقرة، الآية 282.

6 – عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق، ص308.

التحفظ والتيقظ وغفل عن الشيء وتركه إهمالا غير نسيان[1]، كما في قوله تعالى ﴿ ... **وَهُمْ فِي غَفْلَةٍ مُعْرِضُونَ** ﴾[2].

1- المقصود بذي الغفلة في الاصطلاح الشرعي والقانوني:

أ- في الاصطلاح الشرعي: هو عدم الاهتداء إلى التصرفات الرابحة بسبب البساطة وسلامة القلب[3].

ب- في الاصطلاح القانوني: فلم تعرفه التشريعات، فترك الشأن في ذلك لشراح القانون المدني، لأن ذلك من اختصاصهم.

وقد عرفه شراح القانون المدني، بأنه الشخص الذي لا يهتدي إلى التصرفات الرابحة فيغبن في البياعات لسلامة قلبه[4]. وقد عرّفناه في مؤلفنا إلى جانب الأستاذ جعفور في التصرف بانه: « هو من يكون طيب القلب إلى حد السذاجة، بحيث تجره طيبته وسلامة قلبه إلى سهولة خدعه وغبنه في معاملاته مع غيره »[5].

وإذا تأملنا التعريفات السابقة، نجد أنّ مضمونها واحد ولا يوجد خلاف بينها. فالغفلة لا تفقد الشخص إدراكه وإنما تضعفه، فتجعله لا يهتدي إلى التصرفات النافعة لسهولة خداعه وتصديقه بكل ما يقال له. وعلى غرار السفيه، فإن ذا الغفلة كامل الأهلية، إذ العلة ليست في عقله، بل في سذاجته وفرط طيبة عقله.

2- تأثير الغفلة على أهلية الأداء

إنّ فقهاء الشريعة الإسلامية، كما اختلفوا في تأثير السفه على أهلية الأداء، اختلفوا أيضا في الغفلة، وانقسموا الى رأيين:

الرأي الأول: لا يعتبر ذو الغفلة ناقص الأهلية، ولا يجوز الحجر عليه، فهو كامل أهلية الأداء وتصرفاته صحيحة. وهو رأي الإمام أبي حنيفة وكذا ابن الحزم الظاهري، حيث يريان أن الغفلة لا تؤثر على أهلية الأداء[6].

---

1 – المقري، ج 2، المرجع السابق، ص615.

2 – سورة الأنبياء، الآية 1.

3 – وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي، ج 4، المرجع السابق، ص131؛ بدران أبو العينين، المرجع السابق، ص443.

4 – محمد أبو زهرة، الملكية، المرجع السابق، ص285؛ محمد سلام مدكور، المرجع السابق، ص457.

5 – محمد سعيد جعفور وفاطمة إسعد، المرجع السابق، ص24.

6 – تبيين الحقائق، شرح الزيلعي، ج 5، ص ص198 – 199.

الرأي الثاني: يرى بالحجر على ذي الغفلة، إذ عرف عنه، انه لا يحسن التصرف وانه يغبن في كل بيوعه، ووجه الاستدلال على ذلك بما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أن حبان بن منقذ كان يخدع في البيوع، فقال الرسول الكريم « إذا **بايعت فقل لا خلابة** »[1].

واشترطوا للحجر عليه، أن يكون الغبن سمة في تصرفاته في أكثر حالاته، لأنه إذا غبن في مرة فقط لا يتوجب الحجر.

ووقوفا على معنى السفه والسفيه والغفلة وذي الغفلة، يتبين أن السفيه وذي الغفلة يشتركان في معنى واحد، هو سوء التصرف، كونهما يتصرفان على غير مقتضى العقل، غير أنهما يختلفان من حيث ان سوء تصرف ذي الغفلة يرجع إلى ضعف إدراكه والذي يسلبه القدرة الكافية على التمييز بين التصرفات الرابحة والخاسرة، مما يؤدي إلى غبنه بسهولة في المعاملات. أما السفيه، فهو كامل الإدراك، وسوء تصرفه ناجم عن تبذيره وإسرافه المال مع معرفته المسبقة بالنتائج المترتبة عن هذا التصرف[2].

والمغفل غير محجور عليه لذاته كالصغير المميز، وإنما أوجب القانون لثبوت حالته إذا بلغ سن الرشد، كحالة السفيه، يجب صدور قرار قضائي بالحجر عليه وإعلانه للناس، وحينئذ تنتقص أهليته[3].

والرأي الذي نرجحه، هو الرأي الثاني بالحجر على ذي الغفلة، لكن بشرط تكرار الغبن عليه وهو رأي الشافعية، ويكون الغرض منه هو حماية الشخص الذي لا يدرك حقيقة مصلحته.

والقول بالحجر عليه، مثل السفيه، لا يعني أنه نقصان لأهليته وتمييزه، وإنما الهدف منه هو حماية مصالحه من طرف الغير الذي يكون سيئ النية، والذي يستغل سلامة نيته فيخدعه وهو لا يعلم، خاصة في هذا العصر الذي لا يرحم.

ثالثا – حكم تصرف السفيه وذي الغفلة في القانون:

لقد الحق المشرع تصرفات ذي الغفلة المحجور عليه من حيث الصحة والبطلان

---

1 – صحيح البخاري، ج 3، ص86.

2 – محمد عبد الله الشرفي، حكم التصرفات القانونية لفاقد الأهلية في القانون اليمني: دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1997، ص322؛ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي، ج 4، ص ص131 – 132.

3 – عبد المجيد مطلوب، المرجع السابق، ص154؛ محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص282.

والوقف والنفاذ بتصرفات الصغير المميز، كما هو الشأن في السفيه، إذ تكون تصرفاته النافعة نافذة وتصرفاته الضارة باطلة وتصرفاته الدائرة بين النفع والضرر موقوفة على إجازة الولي أو الوصي، وكذلك المغفل بعد رفع الحجر عليه. وهو ما قضت به المادة 129 من القانون المدني الاردني[1]، والمادة 110 من القانون المدني العراقي، أما القانون المدني المصري فقد أخذ بالقابلية للإبطال كجزاء لهذا النوع من التصرفات[2].

أخذ المشرع المصري والجزائري في القانون المدني بالرأي الغالب في الفقه الإسلامي من وجوب الحجر على السفيه وذي الغفلة. فقد جاء في المادة 113 من التقنين المدني المصري: « المجنون والمعتوه وذو الغفلة والسفيه تحجر عليهم المحكمة، وترفع الحجر عنهم وفقا للقواعد والإجراءات المقررة في القانون »، غير ان هذه التصرفات تكون قابلة للإبطال وليست موقوفة.

التي تقابلها نصي المادتين 101 و103 من تقنين الأسرة الجزائري، فتقضي المادة 101 بما يلي: « من بلغ سن الرشد وهو مجنون، أو معتوه، أو سفيه، أو طرأت عليه إحدى الحالات المذكورة بعد رشده يحجر عليه ».

والملاحظ ان المشرع الجزائري لم يشير إلى حالة الغفلة مثل القانون المصري، مما يعني أن الغفلة ليست من عوارض الأهلية في نظره وهو ما يطابق في ذلك القانون المغربي في نص المادة 145 من قانون الأحوال الشخصية التي تقضي: « المجنون والسفه يحجر عليهما القاضي من وقت ثبوت حالتهما بذلك. ويرفع عنهما الحجر اعتبارا من وقت زوال الجنون والسفه حسب القواعد الواردة في هذه المدونة. ويعتمد القاضي في ذلك أهل المعرفة وسائر وسائل الإثبات الشرعية ».

---

1 – القانون الأردني في المواد 130/129 يوافق القانون المصري في كل من المواد 115 إلى 116 والقانون السوري في المواد 116 و117 غير أنّه يلاحظ أن ولي السفيه هو المحكمة فقط وليس لأبيه ولا لجده حق الولاية عليه.

2 – تنص المادة 115 من القانون المدني المصري بما يلي: 1 – « إذا صدر تصرف من السفيه أو من ذي الغفلة بعد تسجيل قرار الحجر سرى على هذه التصرفات ما يسري على تصرفات الصبي المميز من أحكام. 2 – أما التصرف الصادر قبل تسجيل قرار الحجر فلا يكون باطلا أو قابلا للإبطال ألا إذا كان نتيجة استغلال وتواطؤ »؛ بخلاف القانون اللبناني الذي يعتبر ذو الغفلة نوعا من السفه حيث يدخله في عداد السفهاء كما جاء في المادة 946 من مجلة الأحكام العدلية « السفيه هو الذي يصرف ماله في غير موضعه ويبذر في مصروفاته... والذين يغفلون في أخذهم وإعطائهم... يعدون أيضا من السفهاء ».

وتقضي المادة 103 منه بما يلي: « يجب أن يكون الحجر بحكم وللقاضي ان يستعين بأهل الخبرة في إثبات أسباب الحجر ». وجاء في نص المادة 43 من التقنين المدني الجزائري: « كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد وكل من بلغ سن الرشد وكان سفيها أو ذا غفلة، يكون ناقص الأهلية وفقا لما يقرره القانون ».

فكل من السفيه وذي الغفلة يحجر عليهما وينصب لهما قيم، وتكون أهليتهما بعد تسجيل قرار الحجر ناقصة كأهلية الصبي المميز. وهو ما عبرت عنه المادة 43 مدني جزائري، فتصح منهما التصرفات النافعة وتبطل التصرفات الضارة بهما كالهبة، والذي استثنى المشرع المصري منها الوقف والوصية، اللذان يكونان صحيحان إذا صدر منهما وآذنتهما المحكمة، وهو ما قضت به المادة 116 فـ1 من القانون المدني الاردني: « يكون تصرف المحجور عليه لسفه أو غفلة بالوقف أو الوصية صحيحا متى آذنته المحكمة في ذلك »، غير أن المشرع الجزائري لم ينص على هذه الحالة.

وإذا كان الأصل، أن كل تصرفات ذو الغفلة قبل الحجر عليه صحيحة ونافذة، إلا أن المشرع استثنى منها تصرفاته في حالتي الاستغلال[1] والتواطؤ[2]، فألحقهما بتصرفاته بعد الحجر، فتصح إن كانت نافعة وتبطل ان كانت ضارة وتنعقد موقوفة إن كانت دائرة بين النفع والضرر على إجازة الولي وإجازته بعد رفع الحجر عنه.

وهو ما قضت به المادة 107 قانون أسرة جزائري حيث جاء فيها: « تعتبر تصرفات المحجور عليه بعد الحكم باطلة، وقبل الحكم إذا كانت أسباب الحجر ظاهرة وفاشية وقت صدورها »، وهو ما قضت به المادة 129 أردني و109 عراقي و170 إماراتي، أما القانون المصري فقد جعل القابلية للإبطال حكما لها كالتصرفات الصادرة منه قبل الحجر وهو ما قضت به المادة 115 فـ/2 من التقنين المدني المصري.

وصدور قرار الحجر، يعني تسجيل قرار الحجر على السفيه وذي الغفلة في سجل خاص، كما هو الحال في قرار الحجر على المجنون والمعتوه، وهذا التسجيل يؤدي إلى سريان قرار الحجر على الغير، أي بمعنى افتراض علم الغير بحصول الحجر حيث بعدها لا يستطيع أن ينازعه في نقص أهلية السفيه.

---

1 – الاستغلال هو أن ينتهز الغير حالة السفه فيدفعه إلى التعاقد بما ينتج عنه من ابتزاز لأمواله؛ أنور سلطان، المرجع السابق، ص40.

2 – التواطؤ هو أن يعمد الشخص المطلوب الحجر عليه إلى تبديد أمواله قبل الحجر عليه عندما يشعر بذلك فيتفق مع الطرف الآخر على التعاقد معه؛ عبد المجيد الحكيم، الكافي، المرجع السابق، ص298.

ملاحظات على القانون الجزائري: فبالنسبة للسفيه: إن المادة 43 من التقنين المدني والمادة 85 من تقنين الأسرة ضبطت أحكام تصرفات السفيه حيث نصت هذه المادة بما يلي: « تعتبر تصرفات الجنون والمعتوه والسفيه غير نافذة إذا صدرت في حالة الجنون أو العته أو السفه ».

فيكون المشرع غير موفق في أحكامه، حيث ألحق تصرفات السفيه بالمجنون والمعتوه، في حين كان قد اعتبره بموجب المادة 43 من التقنين المدني المعدلة بقانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005، ناقص الأهلية[1].

ونشير إلى، أن نص المادة 85 من تقنين الأسرة غير موفقة أيضا، حيث ذكر المشرع انّ تصرفات المجنون والمعتوه والسفيه **غير نافذة**، في حين النص المقابل للترجمة الفرنسية يقول أنها **باطلة**[2].

إذ نقول انه، لا يعقل أن يكون تصرف المجنون والمعتوه غير نافذ، وهما عديمي الأهلية. ولو كان النص متعلقا بالسفيه فقط، لقلنا أن المشرع سلك نهج الفقه الإسلامي أخذا بنظرية وقف تصرفاته، وهو ما لم يحدث. ويكون النص الفرنسي لهذه المادة هو الأصح (أي البطلان).

أما بالنسبة إلى ذي الغفلة: فإنّ كل من المادة 85 والمادة 101 من قانون الأسرة الجزائري، أغفلت أن تذكر ذو الغفلة إلى جانب السفيه، مع أنّ كل المذاهب الفقهية والقوانين المدنية قد سوت بينهما في الحكم[3].

أما فيما يتعلق بالمعتوه: فاعتبرته المدة 42 مدني جزائري من فاقد التمييز مثل عديم التمييز فكل تصرفاته باطلة، بينما المادة 101 من قانون الأسرة اشترطت أن يحجر عليه بعد رشده.

وبذلك، يكون حكم المعتوه عديم التمييز في التقنين المدني الجزائري حسب المادة 42 منه

---

1 – غير إنّ صياغة المادة 43 بالغة الفرنسية لا تزال غير موفقة – إذ سمت ذو الغفلة بـــ frappé d'imbécilité بينما استعملت الكلمة نفسها بالنسبة للمعتوه حسب المادة 85 من تقنين الأسرة.

2 – انظر محمد سعيد جعفور وفاطمة إسعد، المرجع السابق، ص28. فكان على المشرع توخي الدقة في اختيار المصطلح المناسب وذكرت كلمة باطلة عوض مصطلح غير نافذة الواردة في هذه المادة، مع الإشارة أن الصيغة الفرنسية لنص المادة 85 هذه جاءت سليمة إذ وردت فيها كلمة nuls بمعنى باطلة.

(Les actes d'une personne atteinte de démence, d'imbécilité de prodigalité, accomplis sous l'empire de l'un de ces états sont nuls).

3 – المادة 110 من التقنين المدني العراقي التي تنص: « ذو الغفلة حكمه حكم السفيه»؛ المادة 115 من التقنين المدني المصري؛ المادة 127 من التقنين المدني العراقي؛ المادة 116 من التقنين المدني السوري؛ المادة 115 من التقنين المدني الليبي.

فتصرفاته باطلة مثل المجنون، ويكون ناقص الأهلية طبقا لحكم المادة 101 من قانون الأسرة. فيكون ذو حكم مزدوج، بمعنى محجور لذاته في القانون المدني، وغير محجور لذاته في قانون الأسرة.

وبعد تسجيل قرار الحجر عليه، طبقا للمادة 101 من تقنين الأسرة، تكون تصرفاته باطلة سواء كانت نافعة أو ضارة أو مترددة بين النفع والضرر، وقبل الحكم، إذا كانت أسباب الحجر ظاهرة وفاشية وقت صدورها، طبقا للمادة 107 من تقنين الأسرة، حيث جعل المعتوه غير محجور لذاته، بل أوجب صدور قرار قضائي بالحجر عليه، طبقا للمادة 101 من تقنين الأسرة، وهي تقابل المادة 114 مدني مصري[1].

إنّ القانون الأردني ألحقه بحكم الصغير المميز فهو محجور لذاته، فله مباشرة التصرفات النافعة وليس له مباشرة التصرفات الضارة، أما التصرفات الدائرة بين النفع والضرر فتنعقد موقوفة على إجازة الولي أو الوصي، وهو ما جاءت به المادة 128 أردني: « المعتوه هو في حكم الصغير المميز ».

المطلب الثاني

تصرفات معيب الإرادة

إنّ الأصل العام في الالتزامات العقدية، هو أنّ الإنسان لا يلتزم إلا بما ارتضاه وما انصرفت إليه إرادته، لذلك كان لا بد لهذه الإرادة أن تكون سليمة من أي عيب.

ويقصد بعيوب الإرادة، الأمور التي تصيب إرادة أحد المتعاقدين أو كليهما، والتي تؤثر على سلامة الرضا دون أن تعدمه[2].

وعيوب الإرادة التي عرفها الفقه الإسلامي هي: الإكراه والغلط والتغرير والاستغلال والغبن الفاحش، فجعل جمهور الفقهاء جزاء الغلط والتغرير (التدليس) والغبن هو عدم اللزوم، ومنحوا المتعاقد الذي شاب إرادته عيبا منها، حق الخيار لفوات الوصف أو لعدم سلامة إرادته إذا شابها تدليس أو غبن أو غلط[3].

---

1 – علي علي سليمان، المرجع السابق، ص268؛ محمدي زواوي فريدة، المرجع السابق، ص81.

2 – عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج 1، ص288؛

عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني الأردني، المرجع السابق، ص120.

3 – عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق، ص315.

إنّ فقهاء المذهب المالكي قد وحدوا الجزاء بالنسبة لكل عيوب الإرادة بما فيه الإكراه، وجعلوه عدم لزوم العقد لمن وقع في أحدها.

أما بخصوص تصرفات المكره اختلفت آراء الفقهاء، فمن قائل أنها فاسدة، ومن قائل أنها باطلة، إلى قائل أنها موقوفة[1].

أما في فقه القانون المدني، فقد جعل المشرع المصري حكم معيب الإرادة قابلية الإبطال، وجعلها المشرع العراقي موقوفة، أخذا بفكرة العقد الموقوف من الفقه الإسلامي[2].

وإزاء ذلك، فإن مقتضيات البحث تتطلب أن نقسم هذا المطلب إلى فرعين: نخصص لتصرفات المكره (الفرع الأول) ونفرد لحكم باقي عيوب الإرادة (الفرع الثاني).

الفرع الأول

تصرفات المكره

سنتناول في هذا الفرع نقطتين، نخص الأولى منها بتعريف الإكراه والثانية نفردها لحكمه في الفقه الإسلامي وفي القانون.

أولا – تعريف الإكراه:

في اللغة: إجبار الإنسان على أمر لا يرضاه[3].

وفي الاصطلاح: هو اسم لفعل يفعله المرء، فينتفي رضاه ويفسد به اختياره[4].

وعرّفه الحنفية « حمل الغير على ما لا يرتضاه »[5].

في الفقه الشرعي الحديث: عرفه الدكتور مصطفى الزرقا، بأنه ضغط على إنسان بوسيلة مؤذية بتهديدها بها لإجباره على فعل أو ترك[6].

---

1 – محمد زكي عبد البر، العقد الموقوف، المرجع السابق، ص10.

2 – عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني العراقي، المرجع السابق، ص123.

3 – المصباح المنير، ج 2، ص83؛ وفي لسان العرب ورد على نحو « اكرهته على فعل كذا » أي حملته على أمر هو له كارها.

4 – السرخسي، المبسوط، ج 14، المرجع السابق، ص38 جاء فيها: « الإكراه اسم لفعل يفعله المرء بغيره فينتفي به رضاه أو يفسد به اختياره من غير ان تعدم به الاهلية في حق المكره أو يسقط عنه الخطاب لان المكره مبتلى والابتلاء يقرر الخطاب... ».

5 – تبيين الحقائق للزيعلي، (ج 5، ص183) جاء فيها: « ويثبت به الملك عند القبض للفساد أي يثبت بالبيع أو الشراء مكرها الملك للمشتري لكونه فاسدا... ».

6 – مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي، المرجع السابق، ص 452؛ محمد زكاريا البرديسي، "الإكراه بين الشريعة والقانون"، مجلة القانون والاقتصاد، العدد 2، سنة 30، مطبعة القاهرة، جوان 1960، ص355.

إن الإكراه عيب في الرضا، وإنه ضغط تتأثر به إرادة الشخص فيندفع إلى التعاقد أو إلى الجريمة، ومن هذا ينتج اتفاق الشريعة مع القانون في حقيقة الإكراه وعناصره[1].

وعرفته المادة 948 من مجلة الأحكام العدلية بما يلي: « هو إجبار احد على أن يعمل عملا بغير حق بدون رضاه بالإخافة ».

والإكراه منهى عنه في كثير من الآيات القرآنية منها قوله تعالى ﴿ **لا إكراه فِي الدِّينِ...** ﴾[2] وقوله: ﴿ **... وَلا تُكْرِهُوا فَتَيَاتِكُمْ عَلَى الْبِغَاءِ...** ﴾[3].

والإكراه محل بحثنا، هو الإكراه المفسد للإرادة[4]، وهو الذي ينبني على الرهبة التي تقع في نفس المتعاقد، فهذه الرهبة هي التي تفسد الرضا. أما الإكراه المعدم للإرادة فيخرج عن هذا المقام، لأن التراضي وهو ركن العقد، فلا ينعقد التصرف مع إلغاء احد أركانه، كما أن جزاؤه هو البطلان. والإكراه في الفقه الإسلامي نوعين، منه الإكراه الملجئ والإكراه غير الملجئ.

ويكون الإكراه ملجئا، إذا كانت أفعاله تنطوي على خطر جسيم حال يلحق بالجسم أو المال باستعمال وسائل مادية، كالضرب أو القتل أو باستعمال وسائل معنوية، كالتهديد بالقتل أو إتلاف عضو من أعضاء الجسم، وهذا الإكراه يعدم الرضا ويفسد الاختيار[5].

أما الإكراه غير الملجئ، فتكون أفعاله بما هو أقل جسامة من النوع الأول، وهو إكراه يعدم الرضا ولا يفسد الاختيار، إذ يوجب الغم والألم فقط كالضرب والحبس[6]. وهو ما نصت عليه المادة 949 من مجلة الأحكام العدلية و286 من مرشد الحيران.

---

1 – محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد، المرجع السابق، ص387.

2 – سورة البقرة، الآية 256.

3 – سورة النور، الآية 33.

4 – محمد زكريا البرديسي، المرجع السابق، ص371 جاء فيها ما يلي: « إنّ هذا الإكراه لا يعدم رضاه لأن إرادته موجودة ولو انتزعت منه رهبة لأنه في الواقع خير بين أن يريد أو أن يقع به المكروه الذي يخشاه فاختار أهون الضررين ».

5 – ابن عابدين، المرجع السابق، ص176 جاء فيها:« الإكراه الملجىء لما أفسد الاختيار... يعتبر اختيار الفاعل كالمعدوم... » عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني العراقي، المرجع السابق، ص126؛ مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام، المرجع السابق، ص368؛ هائل حزام مهيوب العامري، نظرية الإكراه المدني بين الشريعة والقانون: دراسة مقارنة، المكتب الجامعي الحديث، 2005، ص100.

6 – المغني (لابن قدامة، ج 7، المرجع السابق، ص119) ورد فيها: « ولا يكون مكرها حتى ينال شيئا من العذاب مثل الضرب والخنق أو عصر الساق وما اشبهه ولا يكون التواعد كرها »؛ مصطفى شلبي، المدخل، المرجع السابق، ص582؛ محمد سعيد جعفور، نظرية عيوب الإرادة، المرجع السابق، ص130؛ محمد زكريا البرديسي، المرجع السابق، ص ص371 – 373.

وقد أخذ بهذا التقسيم، كل من القانون المدني العراقي في المادة 112ف/2، والقانون الأردني في المادة 136 منه[1].

إنّ الإكراه بنوعيه، معتبر في التصرفات القولية أي الشرعية أو القانونية، كما تسمى في لغة القانون، من عقودا أو تصرفات بإرادة واحدة، أما في التصرفات الفعلية التي هي الوقائع القانونية فلا عبرة فيها إلا للإكراه الملجئ، ولا أثر فيها للإكراه غير الملجئ.

ونظرا لأن الأثر المترتب على الإكراه بالنسبة للتصرفات الشرعية واحد، فانه ليست هناك أهمية عملية للتمييز بين نوعي الإكراه، هو ما جعل بعض الفقه ينتقد المشرع العراقي الذي أخذ بنوعي الإكراه في نص المادة 115 منه، وهو لم يذكر فرقا في الأثر الذي يترتب على كل من النوعين، إذ هو توقف العقد في كليهما[2].

ثانيا – حكم تصرف المكره في الشريعة والقانون:

نظرا لأهمية الإكراه، كونه من التصرفات الهامة والشائعة في المعاملات التي قد يكره الإنسان على مباشرتها، فقد عناه الفقه الإسلامي دراسة مفصلة.

لقد اختلف الفقهاء في حكم المكره، وذهبوا إلى ثلاث آراء نوجزها فيما يلي:

الرأي الأول – يقول بالبطلان: وهو ما جنح إليه كل من: الشافعية[3] والحنابلة[4] والمالكية[5]. فالإكراه يعدم الرضا ويضاد الاختيار، والتصرف لا ينعقد إلا بكلام يصدر عن قصد واختيار معتبر شرعا فالإكراه يبطل التصرف والباطل والفاسد عندهم سواء. وجعلوا

---

1 – عرّفته المادة 112 من القانون العراقي بما يلي: « الإكراه هو إجبار الشخص بغير حق على أن يعمل عملا دون رضاه » المطابقة للمادة 135 من التقنين المدني الأردني.

2 – المادة 137 أردني تنص على: « الإكراه الملجئ يعدم الرضا ويفسد الاختيار، وغير ملجئ يعدم الرضا ويفسد الاختيار »؛ المادة 112 فـ2 من التقنين المدني العراقي تنص على: « يكون الإكراه ملجئيا إذا كان تهديدا بخطر جسيم محدق بإتلاف نفس أو عضو أو ضرب مبرح أو بإيذاء شديد أو بإتلاف خطير للمال ويكون غير ملجئ إذا كان تهديدا بما هو دون ذلك كالحبس والضرب على حسب أحوال الناس ».

3 – المجموع (للنووي، ج 9، المرجع السابق، ص186) ورد فيها: « فالتصرفات التي يكره عليها بغير حق باطلة سواء الردة والبيع والإجارة وسائر التعاملات والنكاح والخلع والطلاق والإعتاق وغيرها ».
الكاساني، (بدائع الصنائع، ج 7، المرجع السابق، ص187) ورد فيها: « عند الشافعي يوجب بطلانها أصلا ».

4 – كشاف القناع، ج 3، المرجع السابق، ص150 جاء فيها:« ... « أو كان أحدهما كان مكرها لم يصح البيع » ولكن إن كان الإكراه بحق كالذي يكرهه الحاكم على بيع ماله وفاء لدينه... فيصح ».

5 – فقد ذهب **المالكية** إلى أن الإكراه يؤثر على التصرفات سواء كانت تحتمل الفسخ كالبيع أو لا تحتمل الفسخ كالطلاق، فتجعل العقد في الأول غير لازم فيكون لمن وقع عليه الإكراه خيار فسخه أو إبطاله وفي الثانية باطلا.

تصرفات المكره باطلة دون استثناء، مهما كان نوعها، إنشائية أو إخبارية[1]، كما أنهم لم يفرقوا بين التصرفات القابلة للفسخ والغير قابلة للفسخ، لأن الرضا شرط لصحة التصرفات الشرعية.

واستنادوا إلى قول الله تعالى ﴿ **وَلا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ وَتُدْلُوا بِهَا إِلَى الْحُكَّامِ لِتَأْكُلُوا فَرِيقًا مِنْ أَمْوَالِ النَّاسِ بِالإِثْمِ وَأَنْتُمْ تَعْلَمُونَ** ﴾[2]، ووجه الدلالة على بطلان بيع المكره من هذه الآية، هو انه، لا بيع عن غير تراض، لأن الرضا شرط لصحة العقد، والإكراه ينافى الرضا، فإذا زال الرضا أصبح أكل أموال الناس بالباطل منهيا عنه، ولما كان الإكراه يعدم الرضا فيكون البيع غير صحيح.

واستنادوا إلى قول النبي صلى الله عليه وسلم: « **رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه** »، ودليله أن ما يكره عليه الإنسان يكون مرفوعا عنه حكمه وإثمه.

وقد ذهب جمهور الفقهاء، أن المرفوع في الحديث هو الحكم والإثم معا إلا ما خصه الدليل كثبوت الدية والضمان على متلف الأموال، فإذا صدر التصرف عن إكراه فلا حكم له في الدنيا ولا إثم عليه في الآخرة[3].

ومن القياس: ولما كان بيع الهازل باطلا لأنه لا يقصد البيع، فكذلك بيع المكره الذي لم تتصرف إرادته الحرة إلى معنى البيع فيكون باطلا. وأخذ على هذا الرأي، ان الإكراه يفسد الرضا ولا يعدمه، كما أن المكره قصد التعاقد، بينما الهازل لا يقصد ذلك وعليه، لا يمكن قياس تصرفات المكره بتصرفات الهازل[4].

الرأي الثاني – يقول بالفساد: ذهب إليه كل من الإمام أبو حنيفة وصاحباه أبو يرسف ومحمد[5]، فيقولون **بفساد** عقد بيع المكره، ذلك لأن ركن البيع، وهو المبادلة، صدر من أهله

---

1 – طاهر خليفة السيسني، المرجع السابق، ص163.

2 – سورة النساء: الآية 29.

3 – عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق، ص322؛ هائل حزام مهيوب، المرجع السابق، ص194.

4 – طاهر خليفة السيسني، المرجع السابق، ص171.

5 – الكاساني، بدائع الصنائع، ج 7، المرجع السابق، ص275؛ المبسوط، للسرخسي، ج 4، المرجع السابق، ص41.
وقسموا التصرفات الإنشائية إلى نوعين أولها التصرفات القابلة للفسخ مثل الزواج والطلاق والعتق وذهبوا إلى أنها تصرفات جائزة مع الإكراه أي ان الإكراه لا يؤثر على انعقادها وصحتها ونفاذها ولزومها. وثانيها ان التصرفات القابلة للفسخ وهي التي ترد على العقود والتصرفات المالية وذهبوا إلى إن الإكراه يؤثر عليها إلا أنهم اختلفوا في نوع الأثر الذي يرتبه عليها.

في محل قابل له، وعلة الفساد في بيع المكره هو عدم الرضا. وأن بيع المكره يفيد الملك عند القبض ويزول الفساد فيه بالإجازة، لأن الفساد إنما قرر لحماية من عيب رضاؤه، وبإجازته انتفت علة الفساد.

هذا، بخلاف العقود الفاسدة لغير الإكراه، فإنها لا تقبل الإجازة لا قبل القبض ولا بعده، لأن الفساد فيها لحق الشرع، فلا يزول بإرادة العاقد، وأما الفساد هنا إنما كان حماية لمصلحة العاقد، فيزول الفساد بإجازته ورضاه[1].

وهو الأمر الذي تبنته المادة 1006 من مجلة الأحكام العدلية، وقضت به المادة 297 من مرشد الحيران حيث جاء فيها: « عقد المكره ينعقد فاسد لا باطلا، فيقبل الإجازة، فإن أجازه المكره بعد زوال الخوف صراحة أو دلالة ينقلب صحيحا ».

الرأي الثالث – رأي يقول بالوقف: جنح إليه الإمام زفر بن هنذيل من الحنفية، وهو تلميذ أبي حنيفة، لأن الرضا شرط البيع، وقد فات الرضا بالإكراه، فأصبح البيع موقوفا على إجازة المكره، كبيع الفضولي، ولو كان فاسدا لما لحقته الإجازة[2].

وقد أخذ المشرع العراقي برأي زفر، حيث جاء في نص المادة 115 مدني عراقي ما يلي:

« من أكره إكراها معتبرا بأحد نوعي الإكراه على إبرام عقد لا ينفذ عقده »، المطابقة للمادة 141 من التقنين المدني الأردني، والمادة 182 من التقنين المدني الإماراتي حيث تنص: « ولكن لو أجازه المكره أو ورثته بعد زوال الإكراه صراحة أو دلالة يصبح العقد نافذا ».

والمكره إذا زال عنه الإكراه ورضي بالعقد الذي أبرمه في ظله، يكون تصرفه نافذا، فيكون الوقف لاستقرار للمعاملات، بحيث يوفر حماية للمتعاقد المكره، لانه، بوقف نفاذ التصرف الصادر منه على إجازته بعد زوال الإكراه تتحقق الفائدة.

وهو السبب الذي جعل أغلب التشريعات تساند رأي الإمام زفر[3].

---

1 – علي الخفيف، أحكام المعاملات، المرجع السابق، ص392؛ محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص203؛ بن إسماعيل الغشم، المرجع السابق، ص53.

2 – الكاساني،ج 7، المرجع السابق، ص186؛ عبد الحكيم علي المغربي، المرجع السابق، ص169؛ عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق، ص318؛ عبد الرزاق السنهوري، ج 4، مصادر الحق، المرجع السابق، ص ص147–148؛ هائل حزام العامري، المرجع السابق، ص199.

3 – وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص216؛ عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق، ج 4، المرجع السابق، ص177.

وقد وافق الدكتور محمد السعيد جعفور على ما جنح إليه المالكية في رأيهم، ان الإكراه لا يمس انعقاد العقد، لذلك، لا يمكن القول بالبطلان، ولأنه لا يمس بصيغته فإنه لا يمكن القول بالفساد، وان عقد المكره صحيح منعقد ولا يمتد اثر الإكراه فيه إلا ليجعله غير لازم.

فقال بعدم لزوم العقد المبرم تحت وطأة الإكراه، على أساس ان العقد المبرم تحت الإكراه ينتج آثاره المقصودة حتى لا يعرقل استقرار المعاملات، فإذا أراد المكره بعد زوال الإكراه أن يطلب إبطال العقد فله ذلك، وإن لم يفعل، استمرت المعاملة في إنتاج آثارها[1].

إلا، أننا نرى، ان العقد المبرم تحت وطأة الإكراه عقدا نافذا منتجا لجميع أثاره، والقول بأنه نافذ غير لازم هو محل نظر، ذلك، ان الطرف المكره هو الجدير بالحماية في العلاقة العقدية، وما تقرير عدم لزوم العقد إلا وسيلة الهدف منها حمايته، ولكن العقد غير اللازم هو عقد نافذ مرتب لكافة آثاره، فإن زال الإكراه، اختار المكره الذي أشيبت إرادته به، بين إمضاء العقد أو إبطاله، فإذا أبطله سنواجه حالة أخرى هي إعادة الحالة إلى ما كانت عليه سابقا، وفي ذلك صعوبة وإضرارا تلحق المكره، قد تزيد من الإضرار به.

يكون الرأي الراجح لدينا، بالنظر في الآراء الثلاثة وأدلتها، الرأي القائل بالوقف، لأنه يكون حماية للعاقد المكره، فبوقف نفاذ التصرف الصادر منه على إجازته بعد زوال الإكراه عنه أو ورثته بعد وفاته، فإن رأى في العقد فائدة له أجازه ونفذ وعندئذ تسري عليه أحكام العقد الصحيح، وإن رأى خلاف ذلك رده، وعندئذ تسري عليه أحكام العقد الباطل.

ومن العيوب الأخرى التي تشوب إرادة المتعاقد غير الإكراه عند فقهاء الشريعة الإسلامية، الغلط والتغرير (التدليس) والغبن، فالغلط والتغرير يجعل العقد غير لازم وللمتعاقد الذي وقع ضحية فيه الخيار بين إمضاء العقد أو فسخه، لأنه يكون غير لازم بالنسبة إليه. وأيضا الغبن الفاحش يؤدي إلى تخويل المتعاقد الذي وقع فيه، الخيار بين إمضاء العقد أو فسخه[2].

هذا، وقد جمع المشرع العراقي[3] كل عيوب الإرادة، وجعلها سببا لوقف العقد، وخول المتعاقد الذي أشيبت إرادته بأحدها، الحق في نقض العقد أو إجازته، طبقا لأحكام المادة 134 من القانون المدني العراقي. أما القانون المدني الجزائري والمصري والذي أخذ بفكرة

1 – محمد سعيد جعفور، عيوب الإرادة، المرجع السابق، ص151.

2 – المرجع نفسه، ص179.

3 – عبد المجيد الحكيم، المرجع السابق، ص148 وما بعدها.

البطلان من الفقه الفرنسي، فقد جعل العقد المبرم تحت تأثير الإكراه والمستوفي لشروطه، قابلا للإبطال[1].

ثالثا – حكم تصرف المكره بالبيع في القانون:

تناول المشرع الجزائري تصرف المكره بالبيع في نص المادة 88 من القانون المدني التي تقضي بما يلي: « 1- يجوز إبطال العقد للإكراه إذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بينة بعثها المتعاقد الآخر في نفسه دون حق.

2- وتعتبر الرهبة قائمة على بينة إذا كانت ظروف الحال تصور للطرف الذي يدعيها أن خطرا جسيما محدقا يهدده هو، أو أحد أقاربه، في النفس، أو الجسم، أو الشرف، أو المال.

3- ويراعى في تقدير الإكراه جنس من وقع عليه هذا الإكراه، وسنه، وحالته الاجتماعية، والصحية، وجميع الظروف الأخرى التي من شأنها تؤثر في جسامة الإكراه ».

ونصت المادة 89 منه على: « إذا صدر الإكراه من غير المتعاقدين، فليس للمتعاقد المكره أن يطلب إبطال العقد إلا إذا أثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان من المفروض حتما أن يعلم بهذا الإكراه »[2].

إن القانون اعتبر تصرف المكره قابلا للإبطال لمصلحة المتعاقد الذي وقع عليه الإكراه.

فالإكراه سواء صدر من المتعاقد الآخر أو من طرف أجنبي عن العقد يعيب الإرادة، فإذا صدر من المتعاقد الآخر جعل العقد قابلا للإبطال لمصلحة المتعاقد الذي وقع عليه الإكراه،

أما إذا صدر من أجنبي فيشترط لإبطال العقد أن يثبت المتعاقد الذي وقع عليه الإكراه أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان من المفروض حتما أن يعلم بهذا الإكراه.

كما يتبين من نص المادة، أن الإكراه إذا صدر من الغير، ولم يكن المتعاقد الآخر يعلم به واختار المتعاقد الذي وقع عليه الإكراه إبطال العقد، فانه يصح للمتعاقد حسن النية ان يطالبه بالتعويض، ويكون خير تعويض هو ابقاء العقد صحيحا.

---

1 – المادة 1109 من التقنين المدني الفرنسي: « la violence exerceé contre celui qui a contracté l’obligation, est une cause de nullité, encore qu’elle ait été exerceé par un tiers autre que celui au profit duquel la convention a été faite ».

2 – المطابقة لنص المادة 127 و128 من القانون المدني المصري.

وقد يصدر الإكراه ليس من احد المتعاقدين، ولا من الغير، ولكن من ظروف مصادفة لا يد لأحد فيها، واستغلها المتعاقد لحمل من وقع تحت تأثير هذه الظروف على التعاقد. فالإرادة تكون معيبة، فيكون العقد قابل للإبطال[1].

الفرع الثاني

حكم عيوب الإرادة غير الإكراه

إنّ عيوب الإرادة، غير الإكراه في الشريعة الإسلامية، هي الغلط والتدليس أو التغرير والغبن. ان الغلط نجده في الخيارات، كخيار الرؤية وخيار العيب وخيار الوصف، فيكون لمن وقع في غلط الخيار في إمضاء العقد أو فسخه، فيكون العقد غير لازم له، ونجد فكرة الغبن فيما يسمى بخيار الغبن، فلمن وقع في غبن فاحش الخيار بين إمضاء العقد أو فسخه، ومنه يكون العقد غير ملزم. وبالتالي، يكون عيوب الإرادة ما عدا الإكراه عدم اللزوم[2].

أما في القانون المدني، فهي التدليس والغلط والغبن والاستغلال، فهي كلها تؤثر على رضا المتعاقد فتجعل إرادته معيبة، لأنها مبنية في حالة الغلط على وهم منبعث في ذهن المتعاقد يصور له الأمر على خلاف الواقع، وفي حالة التدليس والغبن على ظن خاطئ وفي كلا الحالتين يكون الوهم والظن الخاطئ هو الدافع إلى التعاقد. وقد جعل القانون لمن شيبت إرادته من هذه العيوب الحق في أن يطلب إبطال العقد، حماية لصاحب الإرادة المعيبة.

فالقانون المدني العراقي رتب أثرا واحدا على عيوب الإرادة، وحتى على تصرفات الصغير المميز ومن في حكمه، حيث جعلها موقوفة النفاذ على الإجازة ممن يملك مباشرتها، وهو ما قضي به في المادة 134 منه.

أما القانون المدني المصري وحد الجزاء المترتب على كل عيوب الإرادة، بأن يكون قابل للإبطال، اما القانون المدني الجزائري، في المادة 101 نص على جزاء عيوب الإرادة

1 – عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج 1، المرجع السابق، ص334؛ عبد المنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص205.

2 – الكاساني، بدائع الصنائع، ج 5، المرجع السابق، ص274 ورد فيها: « حكم المبيع بعيب هو ثبوت الملك للمشتري في المبيع للحال، ولكنه ملك غير لازم لأن سلامة الشرط في العقد دلالة ».

بقابلية الإبطال، واختلف فيما يتعلق بناقص الأهلية ومن في حكمه، حيث اعتبر جزاؤه الوقف، طبقا لما جاءت به المادة 83 من قانون الأسرة الجزائري.

ونرى، على المشرع الجزائري أن يوحد الجزاء المترتب على كل عيوب الإرادة، ويوسع من نطاق العقد الموقوف لمعالجة كافة عيوب الإرادة على غرار ما فعله المشرع العراقي، لأن فكرة العقد الموقوف هي أكثر ملائمة من العقد القابل للإبطال لمواجهة مثل هذه العيوب في عقد قد يزول بالرفض أو يتقوى بالإجازة وينفذ، فإذا كان موقوفا فلا ينتج أية آثار حتى يتبين مصيره، وإذا كان قابلا للإبطال فانه ينتج آثاره قبل أن يتقرر مصيره.

ونقول في هذا المقام، الأفضل أن يبقى موقوفا غير منتج لآثاره، لا أن ينتج آثارا ثم يحكم فيه بالإبطال، لكي يبتعد عن المشاكل والتعقيدات التي تنجم عن إعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل التعاقد إذا ما تقرر إبطال العقد، وحتى تستقر المعاملات ويسهل العمل في القضاء، ولما لوقف نفاذ العقد أكثر حماية من نفاذه، ثم منح أحد الطرفين طلب الإبطال لمدة قد تكون طويلة، قد تشكل تهديدا لاستقرار المعاملات.

الفصل الثاني

الوقف لتصرف مالك في مال له تعلق به حق الغير

الأصل أن الإنسان حر في التصرف في ملكه، فله أن يجري عليه جميع التصرفات الجائزة قانونا، فقد يتصرف فيه بالبيع، كما له الحق في أن يرتب عليه حقا عينيا سواء كان أصليا كحق الانتفاع أو تبعيا كالرهن. إلا أن هذه الحرية قد يحدها ما يتقرر للغير من حقوق على الشيء محل التصرف، فإذا ترتبت للغير حقوق، انعدمت الولاية على المحل، التي تعتبر شرطا لنفاذ التصرفات.

وقد يتعلق بالمحل المتصرف فيه حق للغير، كبيع العين المرهونة لتعلق حق المرتهن بها، أو بيع العين المؤجرة لتعلق حق المستأجر بها، أو كتصرف الموصي في ماله بما يزيد عن ثلث التركة لتعلق حق الورثة فيه، أو كتصرف المحجور عليه بدين مستغرق، أو كالتصرف في الحصة الشائعة بالبيع إضرارا بالشركاء الآخرين.

لقد نصت المادة 360 من مجلة الأحكام العدلية بما يلي: « يشترط لنفاذ البيع أن يكون البائع مالكا للمبيع أو وكيلا لمالكه أو وليه أو وصيه وألا يكون في المبيع حق لآخر ».

كما نصت المادة 171 من التقنين المدني الأردني: « يكون العقد موقوف النفاذ على الإجازة إذا صدر... من مالك في مال له تعلق به حق للغير ».

وإننا، نبحث عن حكم هذه التصرفات، وهل هي موقوفة على الإجازة أم أنها باطلة؟

وأمام تعدد صور تعلق حق الغير بمحل التصرف، فإننا نتطرق إلى الأهم منها وهو الأمر الذي نعالجه **في المباحث التالية:**

المبحث الأول: التصرف ببيع المرهون والتصرف ببيع المستأجر.

المبحث الثاني: تصرف الشريك بالبيع في الحصة الشائعة.

المبحث الثالث: تصرفات المدين المحجور عليه بدين مستغرق.

المبحث الرابع: تصرفات المريض مرض الموت.

المبحث الأول

التصرف ببيع المرهون والمستأجر

إن مقتضيات البحث تطلب أن نعرض أولا إلى لبيع المرهون (المطلب الأول)، ثم نعرض بعد ذلك إلى بيع المستأجر (المطلب الثاني).

المطلب الأول

التصرف ببيع المرهون

قبل التطرق الى بيع المرهون في الشريعة الاسلامية الذي نعالجه في الفرع الأول، وبيع المرهون في القانون الذي نتناوله في الفرع الثاني، نعرف الرهن في اللغة ثم في الاصطلاح.

المقصود بالرهن:

الرهن في اللغة: هو الثبوت والدوام[1]، وما جاء بقوله تعالى في ﴿ **كُلُّ نَفْسٍ بِمَا كَسَبَتْ رَهِينَةٌ** ﴾[2].

في الاصطلاح: هو حبس شيء بحق يمكن استيفاؤه منه، كأن يقول شخص لأخر رهنتك هذا الشيء بما لك من الدين[3].

الفرع الأول

بيع المرهون في الشريعة الإسلامية

إن الرهن وثيقة لا تخرج الشيء المرهون من ملك صاحبه (المدين الراهن)، بل يبقى الشيء المرهون محملا بالرهن ما لم يتم بيعه وفاء للدين[4].

---

1 – المصباح المنير، ج 1، ص111 الراء مع الهاء وما يثلثهما: « رهن الشيء يرهن مرهونا ثبت ودام فهو راهن ورهنه المتاع والدين رهنا حبسه فهو مرهون ».

2 – سورة المدثر، الآية 38.

3 – بن الهمام، فتح القدير، ج 7، المرجع السابق، ص189 جاء فيها: « الرهن لغة حبس الشيء وفي الشريعة جعل الشيء محبوسا بحق يمكن استيفاؤه من الرهن »؛ عرّفته المادة 701 من مجلة الأحكام العدلية بما يلي: « الرهن جعل مال محبوس وموقوف مقابل حق ممكن الاستيفاء من ذلك المحل وكما يقال له مرهون يقال له أيضا رهن ».

4 – عبد رحمان الجزيري، كتاب الفقه، مجلد2، المرجع السابق، ص318؛ علي الخفيف، أحكام المعاملات الشرعية، المرجع السابق، ص47.

ويلاحظ، أن الشريعة الإسلامية لا تعرف إلا نوعا واحدا من الرهن، وهو الرهن الحيازي، لقوله تعالى: ﴿ **يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آَمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدَيْنٍ إِلَى أَجَلٍ... وَإِنْ كُنْتُمْ عَلَى سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَانٌ مَقْبُوضَةٌ...** ﴾[1].

ولكن الشريعة الغراء لا تمنع أيضا من صورة الرهن الرسمي على عقار من العقارات، فليس بلزوم أن يكون القبض في الرهن قبضا حقيقيا. فقد يؤدي تصرف الراهن في المرهون إلى الإضرار بحق المرتهن، وقد يكون تصرف الراهن، بإذن الدائن أو بدون إذنه، وما يهمنا في هذه الحالة، إلا تصرفه بدون إذن الدائن المرتهن. ولمعرفة حكم تصرفات الراهن في الشيء المرهون يتوقف الأمر على، ما إذا كان التصرف قد تم قبل قبض الشيء المرهون أو بعده.

لقد اختلفت آراء الفقهاء بشأن حكم بيع المرهون، فمنهم من يقول بوقف التصرف ومنهم من يقول ببطلان التصرف، لذا نتعرض أولا إلى حكم تصرف الراهن في المرهون قبل القبض، وثانيا إلى حكمه بعد القبض، وثالثا إلى الرأي الذي نرجحه.

أولا – حكم تصرف الراهن في المرهون قبل القبض:

اتفق الفقهاء على أن القبض في الرهن هو شرط في الرهن، لقول الله تعالى ﴿ ... **فَرِهَانٌ مَقْبُوضَةٌ...** ﴾[2].

ولكن اختلفوا في ما إذا كان شرط القبض شرط صحة أم شرط تمام.

ذهب بعض جمهور الفقهاء (الحنفية والشافعية والحنابلة والظاهرية وبعض الإباضية) إلى أن القبض **شرط صحة**، وبالتالي فإن الرهن لا ينعقد قبل التسليم، فتكون قبله كل التصرفات في الشيء المرهون صحيحة نافذة، كأن لم يرد عليها رهن[3].

أما المالكية وبعض الإباضية، يذهبون إلى أن القبض **شرط تمام**، فالرهن صحيح لازم بالعقد ولا يتوقف لزومه على القبض، وعليه، لا يجوز للراهن الرجوع عليه، كما أنه يجبر

1 – سورة البقرة: الآيتان 382 – 383.

2 – الآية رقم 283 من سورة البقرة.

3 – بن الهمام، فتح القدير، ج 10، المرجع السابق، ص137؛ الكاساني، بدائع الصنائع، ج 6، المرجع السابق، ص146.

على الأقباض[1]، واستدلوا، بأنه عقد مثل سائر العقود، فلم يكن من شروط انعقاد العقد قبض المعقود عليه[2].

ثانيا – حكم تصرف الراهن في المرهون بعد القبض:

أما إذا وقع التصرف من الراهن بعد القبض فقد أصبح الرهن لازما وعليه لا يجوز للراهن أن يقوم بأي تصرف يضر بحق المرتهن. فيرى الشافعية[3] والحنابلة[4] انه إذا تصرف الراهن في المرهون بعد القبض **يكون تصرفه باطل** لأن فيه إبطال حق المرتهن من الوثيقة ولأن الرهن قد صح في العقد الأول فلا يجوز نقله إلى عقد آخر ولأنه يضر بحق المرتهن.

واستدلوا في ذلك على قول الرسول صلى الله عليه وسلم « **لا ضرر ولا ضرار** » فالتصرف فيه بالبيع فيه إضرار بالمرتهن والضرر ممنوع وتجب إزالته. ورد على هذا الاستدلال من طرف الفقهاء القائلون بالوقف إنّما الضرر يتحقق إذا قلنا بالنفاذ ولا بالوقف على إجازة المرتهن.

---

1 – بداية المجتهد، ج 2، المرجع السابق، ص325؛ محمد بن إسماعيل الغشم، المرجع السابق، ص ص93 – 94.

2– الخرشي، شرح الخرشي، ج 5، المرجع السابق، ص251 جاء فيها: « فإذا تصرف الراهن في المرهون المشروط المعين ببيع قبل القبض فللمالكية رأي في أنهم يفرقون بين ما إذا حدث تفريط من المرتهن في طلب الرهن أم لا:

فإذا فرط المرتهن في طلب المرهون المشروط المعين ولم يحزه حتى باعه الراهن نفذ البيع ويصبح الدين بلا رهن وأما إذا لم يفرط في حوز الرهن وإنما عاجله الراهن وباعه ففي ذلك ثلاثة آراء: أ – يمضي البيع ويكون الثمن رهنا. ب – لا يمضي البيع ويبقى رهنا إذا كان المرهون باقيا أما إذا فات كان الثمن رهنا في مكانه. ج – ليس للدائن المرتهن رد بيع الرهن وإنما له فسخ بيع سلعته ».

3 – المهذب (للشيرازي، ج 1، المرجع السابق، ص312) جاء فيها: « ولا يملك الراهن التصرف في العين بما فيه ضرر على المرتهن لقوله صلى الله عليه وسلم لا ضرر ولا ضرار فإن باعه أو وهبه أو جعله مهرا في نكاح أو أجره في إجارة لم يصح لأنه تصرف لا يسري إلى ملك الغير يبطل به حق المرتهن من الوثيقة فلم يصح من الراهن كالفسخ ».

4 – ابن قدامة (المغني، ج 4، المرجع السابق، ص401) ورد فيها: « وإن تصرف الراهن بغير العتق كالبيع والإيجار والهبة والوقف والرهن وغيره فتصرفه باطل لأن تصرفه يبطل حق المرتهن من الوثيقة... فلم يصح بغير إذن المرتهن ».

أما الاستدلال بالقياس: في أنّه، تقاس تصرفات الراهن على تصرفات الفضولي لكون كلاهما تعلق به حق للغير، فهو قول مردود، لأن الراهن يتصرف في مال مملوك له تعلق به حق المرتهن، فيتوقف تصرفه على إجازة المرتهن محافظة على حقه، فضلا عن، أن حكم الأصل في تصرف الفضولي غير متفق عليه، فمن الفقهاء من يقول بوقفه، الا ان الفضولي يتصرف في ملك الغير[1]، بينما الظاهرية يعترون هذا التصرف صحيح ويبطل الرهن، لأن الراهن يتصرف في ملكه ولا دليل على المنع.

أما الحنفية والزيدية وبعض الأمامية، يعتبرون تصرف الراهن في المرهون بعد القبض بالبيع مع غير المرتهن، **موقوف على إجازة المرتهن**، فإن أجازه المرتهن، أو ابرأ الراهن عن الدين أو قضاه الراهن دينه، جاز ونفذ وانتقل حق المرتهن في غير حالة الوفاء أو الإبراء إلى بدله، لأن حقه تعلق بالمالية والبدل له حكم المبدل. روي عن أبي يوسف انه لا يكون رهنا إلا بشرط لأن الثمن ليس بمرهون حقيقة، بل المرهون هو البيع وقد زال حقه عنه بالبيع[2].

أما إذا كان **التصرف ليس بيعا وإنما إجارة أو هبة** : فإن التصرف ينفذ بإجازة المرتهن ولا ينتقل الرهن إلى الأجرة، وهي بدل المنفعة والمنفعة ليست مرهونة ولا يكون بدلها مرهونا، بخلاف البيع فإن الثمن هو بدل المبيع وهو مرهون فجاز أن يكون بدله مرهونا، أما إذا لم يجزه المرتهن ففيه رأيان:

1 – ينفسخ التصرف حتى ولو افتك الراهن الرهن، لأن المرتهن صار كالملك الذي يبيع ملك غيره دون اذنه، له أن يجيز فينفذ البيع وله أن يرده فينفسخ[3].

2 – رأي الأحناف، هو ان التصرف لم ينفسخ بل يبقى موقوفا، وحقه في الحبس لا يبطل انعقاد العقد فيبقى موقوفا، ويبقى أمام المشتري الخيار، إما أن يصبر حتى يفتك الراهن

1 – عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق، ص365.

2 – الكاساني، بدائع الصنائع، ج 6، المرجع السابق، ص220؛ بن عابدين، رد المختار، ج 7، المرجع السابق، ص70.

3 – ابن نجيم، البحر الرائق، المرجع السابق، ج 5، ص281؛ عبد رحمان الجزيري، كتاب الفقه، ج 2، المرجع السابق، ص300.

الرهن، أو يرفع الأمر إلى القضاء ليفسخ العقد لعدم قدرة الراهن على تسليم المعقود عليه[1].

واستدل الحنفية لما ذهبوا إليه: **بالقياس على الوصية بجميع المال:** فكما، ان الوصية بجميع المال تصح وتقف على إجازة الورثة فيما زاد عن الثلث لتعلق حق الورثة به، فكذلك تصرف الراهن بغير إذن المرتهن يصح ويقف على إجازة المرتهن، فإن أجازه نفذ وإن رفض فسخ.

من المعقول: إنّ تصرف الراهن في العين المرهونة صدر من أهله ووقع في محله فكان صحيحا، ولكن لما كانت العين يتعلق بها حق الغير، فيجب وقفه على إجازة الغير (المرتهن).

ويتفق المالكية مع الأحناف في حكم بيع الراهن للمرهون، فهم يرون أن بيع الراهن للمرهون ينعقد صحيحا موقوفا على إجازة المرتهن، فإن أجازه نفذ وإن لم يجزه فلا نفاذ له[2].

وقد أخذت مجلة الأحكام العدلية ومرشد الحيران بأحكام بيع المرهون، وفقا للمذهب الحنفي[3].

الرأي الراجح

إنّ قول الفقهاء، بأن تصرف الراهن في الشيء المرهون باطل، لأنه يوقع ضررا على

---

1 – جاء في المبسوط (للسرخاسي، ج 13، المرجع السابق، ص11) ما يلي: « ... وفي اصح الرواتين لا ينفسخ حتى لو صبر المشتري حتى يفتكه الراهن كان له إن يأخذه ».

2 – حاشية الدسوقي (للدسوقي، ج 2، المرجع السابق، ص11) ورد فيها: « وقوله وقف بيعه أي إمضاء بيعه فالبيع صحيح والموقوف على رضاء المرتهن إمضاؤه ولزومه ».

3 – فنصت الفقرة الرابعة من المادة 377 من مجلة الأحكام العدلية بما يلي:

« والرابع من الموقوف بيع المرهون فليس للمرتهن فسخ البيع إلا أن المشتري ليس له اخذ البيع منه وله الخيار أما ينتظر فك الرهن وإما أن يفسخ البيع وإذا أجاز المرتهن البيع أو دفع المدين دينه أو أبراه الدائن سقط الرهن ولزم البيع وإذا باع الراهن الرهن ثم أجر هاو رهنه ثم أجاز المرتهن الرهن الثاني نفذ البيع دون الثاني والإجارة ».

وتنص المادة 884 من مرشد الحيران على:

« كل تصرف من التصرفات المحتملة للفسخ كالبيع والإجارة والهبة ونحوها فإذا فعله الراهن قبل سقوط الدين عنه يتوقف نفاذه على رضا المرتهن ».

المرتهن قول مردود عليه، لأن الضرر مدفوع عن المرتهن بتوقف تصرف الراهن على إجازته ورضاه، فلا ينفذ تصرفه في المرهون إلا إذا وافق المرتهن.

بينما، قول الحنفية ومن معهم بصحة وتوقف تصرف الراهن في المرهون على إجازة الدائن المرتهن، في إن أجازه نفذ وإن رفضه بطل وإن شاء العاقدان الانتظار حتى يفك الرهن، ذلك انه صادر من مالك مضاف إلى محل قابل للتصرف.

وأن جدية أدلتهم المأخوذة من المعقول والقياس، بما يشبه الوصية بما يزيد عن ثلث التركة صحيحة موقوفة على إجازة الورثة فيما زاد عن ثلث التركة، فكذلك تصرف الراهن في المرهون موقوف على إجازة المرتهن، لأن كلا التصرفين تعلق حق الغير بماله. كما أن القول بالوقف يؤدي إلى الحفاظ على حقوق الدائن المرتهن.

الفرع الثاني

بيع المرهون في القانون

إنّ الرهن حق عيني يقع على شيء معين بقصد ضمان الوفاء بالتزام ما، وبيع العين المرهونة يصح في الرهن الرسمي أو الرهن الحيازي، لأن الرهن لا يخرج العين المرهونة من ملك الراهن[1] .

وما يلاحظ من نوعي الرهن، انه في الرهن الحيازي يستلزم قبض الشيء المرهون وحيازته، كما قد يكون هذا الشيء المرهون عقارا أو منقولا، طبقا للمادة 948 مدني

1 - لقد نصت المادة 882 من التقنين المدني الجزائري على الرهن الرسمي على ما يلي: « الرهن الرسمي عقد يكتسب به الدائن حقا عينيا على عقار لوفاء دينه، يكون له بمقتضاه أن يتقدم على الدائنين التاليين له في المرتبة في استيفاء حقه من ثمن ذلك العقار في أي يد كان » وهي تقابل المادة 1030 من القانون المدني المصري والمادة 1322 من القانون المدني الأردني.

كما نصت المادة 948 من التقنين المدني الجزائري على الرهن الحيازي على ما يلي: « الرهن الحيازي عقد يلتزم به شخص ضمانا لدين عليه أو على غيره، أن يسلم إلى الدائن أو إلى أجنبي يعينه المتعاقدان، شيئا يرتب عليه للدائن حقا عينيا يخوله حبس الشيء إلى أن يستوفي الدين، وان يتقدم الدائنين العاديين والدائنين التالين له في المرتبة في أن يتقاضى حقه من ثمن هذا الشيء في أي يد يكون »؛ وهي تقابل المادة 1372 من القانون الأردني.

جزائري، بخلاف الرهن الرسمي الذي لا يقع الا على عقار وملحقاته، والذي لا يستلزم القبض فيه.

إلا، أن المادة 894 من التقنين المدني الجزائري قيدت حق الراهن في التصرف في العقار المرهون بقيد، وهو عدم الإضرار بحق الدائن المرتهن، حيث نصت: « يجوز للراهن أن يتصرف في العقار المرهون، على أن أي تصرف يصدر منه لا يؤثر في حق الدائن المرتهن » وهي تقابل المادة 1043 مدني مصري، والمادة 1335 من القانون المدني الأردني[1].

وقد نصت المادة 899ف/3 من التقنين المدني الجزائري ما يلي: « وفي جميع الأحوال، إذا كان من شأن الأعمال الواقعة أن تعرض العقار المرهون للهلاك أو للتلف أو تجعله غير كاف للضمان، كان للدائن المرتهن أن يطلب من القاضي وقف هذه الأعمال والأمر باتخاذ الوسائل التي تمنع وقوع الضرر »[2].

كما نصت المادة 896 من التقنين المدني الجزائري على: « الإيجار الصادر من الراهن لا ينفذ في حق الدائن المرتهن إلا إذا كان ثابت التاريخ قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية... »[3]، فإذا تصرف الراهن في العقار المرهون بالبيع، إن الدائن المرتهن ينفذ حقه

---

1 – المادة 1335 تقنين مدني أردني تنص على: « للراهن أن يتصرف في عقاره المرهون رهنا تأمينيا دون أن يؤثر ذلك على حقوق المرتهن »؛ وتطابق المادة 1412 من قانون المعاملات الإماراتي.

2 – وهي تقابل المادة 1048ف3 من القانون المصري. والمشرع المصري بين في نص المادة 1032 أنه: « يجب أن يكون الراهن مالكا للعقار المرهون وأهلا للتصرف فيه » كما بين في المادة 1033 حالة كون الراهن مالك للعقار أنه: « إذا كان الراهن غير مالك للعقار المرهون فإن عقد الرهن يصبح صحيحا إذا اقره المالك الحقيقي بورقة رسمية »؛ وتناول المشرع المغربي رهن ملك الغير في المادة 1173 من تقنين الالتزامات والعقود رهن ملك الغير كما يلي: « أولا إذا ارتضاه مالك الشيء أو أقره، وعندما يكون الشيء مثقلا بحق الغير تجب موافقة هذا الغير أيضا ثانيا: إذا كتب الراهن في تاريخ لاحق ملكية المرهون، ... ولا يكون للرهن أي اثر إذا رفض مالك الشيء إقراره »؛ أما في القانون الفرنسي فلا يوجد نص كالنصوص السابقة مع ما استقر عليه الفقه والقضاء الفرنسي على اعتبار رهن ملك الغير باطلا بطلان مطلق. لأنه يعتبر رهن المال المستقبل باطل قاعدة عامة؛ أيضا:

MARTY ET RAYNAUD, Op Cit , p.98

3 – وهي تقابل المادة 1045 من التقنين المصري.

في مواجهة المتصرف إليه لاعتباره حائزا للمرهون، فله إلى جانب الوسائل المنصوص عليها في المادة 899 مدني جزائري وسيلة أخرى أكثر حماية، المنصوص عليها في المادة 882 المتمثلة في حق التتبع والمطابقة للمادة 1030 مدني مصري.

وما يشترط، لذلك، أن يكون حق الدائن المرتهن مقيدا قبل تسجيل عقد المشتري، فعليه يحتل مركزا يستمده من تاريخ قيده لحقه، وبالتالي كل التصرفات التي ترد على العقار بعد هذا القيد لا تلحق ضررا بالدائن، لأنها لا تسري في حقه[1]. كما نصت المادة 898 مدني جزائري « يلتزم الراهن بضمان سلامة الرهن... » وتطابق المادة 1047 مدني مصري، للدائن المرتهن حق الاعتراض على التصرفات التي يباشرها الراهن والتي تؤدي إلى إنقاص كبير في الضمان، إذا كانت ترتب هبوطا في القيمة الاقتصادية للشيء المرهون[2].

ووفقا للمادة 894 مدني جزائري في الرهن الرسمي، فإنه يجوز للمالك التصرف في العين المرهونة، لأن هذا النوع من الرهن لا يجرد الراهن من ملكيته للعين المرهونة أو حيازته أو التصرف فيه، فهو يبقى دائما مالكا وحائزا ومتصرفا فيه، فله إذن أن يبيعه مثلا بشرط عدم الإضرار بالدائن المرتهن، طبقا للمادة السابقة.

فلو كان التصرف بيعا، كان هذا البيع صحيحا نافذا بين المتعاقدين ونافذا في حق المرتهن، لأن النفاذ في هذه الحالة لا يمس بحق الدائن المرتهن على المال المرهون، إذ تنتقل ملكيته إلى المشتري مثقلة بالرهن، ومن ثم يستطيع الدائن المرتهن متابعة العقار في أي يد يكون، ومنه يستقي دينه من ثمنه رغم انتقال ملكيته إلى المشتري الحائز، وهذا ما يسمى بحق التتبع[3]. **غير أنه إذا كان الرهن حيازيا:** فإنّ الشيء المرهون تنتقل حيازته إلى الدائن

1 – أنور سلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني، المرجع السابق، ص146؛ عدنان السرحان ونوري حمد خاطر، شرح القانون المدني الاردني، المرجع السابق، ص217؛ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج 10، التامينات الشخصية والعينية، دار احياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 1970، ص312.

2 – عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق، ص367.

3 – سي يوسف زاهية، عقد الرهن الرسمي، دار الأمل للنشر، الجزائر، 2006، ص129؛ محمد وحيد الدين سوار، الحقوق العينية والأصلية، اسباب كسب الملكية، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان–الأردن، 1999، ص ص96 – 97.

المرتهن وإلى الأجنبي، حسب نص المادة 948 مدني جزائري، وحينئذ حق الراهن يصبح مقيدا في التصرف في الشيء المرهون، إذ لا يستطيع التصرف فيه إلا بقبول المرتهن.

لكن حالة ما إذا تصرف الراهن في الشيء المرهون تصرفا قابلا للفسخ، كالبيع أو الإيجار أو الهبة، وهو في حيازة الدائن المرتهن أو شخص آخر دون إذنه، **فما هو حكم هذا التصرف؟**

ففي هذه الحالة، نقول بأن ما ذهب إليه فقهاء الشريعة الإسلامية إلى اعتبار تصرف الراهن في العين المرهونة بالبيع تصرفا صحيحا موقوفا على إجازة المرتهن هو الأجدر بالأخذ به، إذ أنه يهدف إلى حماية المرتهن والمحافظة على حقه.

فإذا أجاز التصرف نفذ وانتقل حقه إلى البدل – الثمن – وإذا رفض بقي التصرف موقوفا إلى أن يسقط الدين بالإبراء أو الوفاء[1].

ولما كان المشرع الجزائري لم يعالج هذه الحالة، أمكن أن نقول، بأنه تعمل المادة 2 من القانون المدني الجزائري، واعتبار تصرف الراهن في الشيء المرهون بغير إذن المرتهن موقوفا على إجازته، ويكون الأخذ بنظام الوقف يقدم حماية اكبر وضمانا أقوى للدائن المرتهن، فإن أجازه نفذ في حقه وإن رفض فإن التصرف لا ينفذ في حقه حتى يستوفي حقه.

المطلب الثاني

بيع الشيء المستأجر

نقسم هذا المطلب إلى فرعين، نتناول بيع المستأجر في الشريعة الإسلامية (الفرع الأول) ثم بيع المستأجر في القانون (الفرع الثاني).

---

1 – سمير عبد السيد تناغو، التامينات الشخصية والعينية: الكفالة–الرهن الرسمي–حق الاختصاص–الرهن الحيازي–حقوق الامتياز، منشأة المعارف بالاسكندرية، مصر، 1975، ص170عرف رهن ملك الغير بأنه: « هو الرهن الصادر من شخص لا يملك العقار المرهون »؛ ويتميز رهن ملك الغير عن رهن المال المستقبل، في أن الراهن غير مالك أو لم يملك بعد، ويختلفان في أن رهن المال المستقبل رهن لمال غير موجود فعلا وقت إبرام العقد أو غير معين بالذات، فهو مال يعتقد الراهن انه سيتملكه فيما بعد بالتقادم المكسب أو بالشراء أو بالميراث أو بالوصية أو غيره، أما من يرهن عقارا معينا من عقارات هذا الأب فهو يرهن ملك الغير؛ محي الدين إسماعيل علم الدين، المرجع السابق، ص59.

الفرع الأول

بيع المستأجر في الشريعة الإسلامية

إنّ المقصود من بيع الشيء المستأجر، هو تصرف المؤجر في العين المؤجرة من غير المستأجر، أما تصرفه فيها بالبيع أو غيره من التصرفات من المستأجر قبل انتهاء الإيجار فهو تصرف صحيح نافذ ولا خلاف بين الفقهاء[1].

لم يختلف رأي الفقهاء في أن العين المؤجرة إذا انتهت مدة الإيجار وبقيت في يد المستأجر، فإن لمالكها أن يتصرف فيها من المستأجر أو من غيره، إنما اختلف الفقهاء في حكم تصرف المؤجر في الشيء المؤجر مع غير المؤجر وانقسموا إلى ثلاثة آراء:

أولا – رأي الحنفية:

ذهب الأحناف إلى أن بيع الشيء المستأجر لغير المستأجر كبيع المرهون ينعقد موقوفا على إجازة المستأجر، وذلك لتعلق حق المستأجر بها، فإن أجازه نفذ ولم تنزع العين من يد المستأجر حتى يستوفى ما قدمه من الأجرة، أما إن لم يجزه، يتوقف التصرف في حق المستأجر إلى أن تنقضي مدة الإيجار ثم ينفذ البيع[2].

ولا يملك المؤجر ولا المستأجر فسخ التصرف الذي صدر من المؤجر في العين المؤجرة، أما المشتري فله خيار الفسخ إن لم يعلم بالإجارة، هذا عند رأي الشيخ أبي يوسف، أما عند أبي حنيفة ومحمد له الحق في الفسخ، وإن كان يعلم بالإجازة[3].

لكن هل يملك المستأجر حق الفسخ؟

ذهب الفقيه ابن عابدين الى أن المستأجر لا يملك حق الفسخ مثل المرتهن لا يملك فسخ الرهن، وقيل يملكه المرتهن دون المستأجر، لأن حق المستأجر يتعلق بالمنفعة بينما حق

---

1 – طاهر خليفة السيسني، المرجع السابق، ص127؛ ياسين محمد الجبوري، المرجع السابق، ص247.

2 – عبد الرحمان الجزيري، كتاب الفقه، ج 3، المرجع السابق، صص97 – 98؛ عبد المنعم البرعي، المرجع السابق، ص192 وما بعدها.

3 – حاشية رد المختار، بن عابدين (ج 4، المرجع السابق، ص145) جاء ما يلي: « وإما المشتري فله خيار الفسخ إن لم يعلم بالإجارة والرهن عند أبي يوسف وعندهما له ذلك وإن لم يعلم كل منهما إلى ظاهر الروايتين ».

المرتهن يتعلق بحقه في العين[1].

ويختلف بيع المرهون عن بيع المستأجر، لأنه إذا باع المؤجر العين مرتين فأجاز المستأجر البيع الثاني فينفذ البيع الأول، لأن إجازة البيع الثاني يسقط عنه حق المنفعة فيطهر العين من الحق الذي تعلق بها، ولكونه مقدم عن البيع الثاني.

أما لو باع الراهن العين مرتين، فإن إجازة المرتهن للبيع الثاني تعتبر نزولا عن حقه في العين ذاتها لا في المنفعة إلى المشتري الثاني، فتتطهر العين وينفذ البيع الصادر إليه دون البيع الصادر إلى الأول.

ويستدلون رأيهم، بأن كل من بيع المرهون وبيع المستأجر قد تعلق به حق الغير، وتعلق حق الغير بالمحل يمنع نفاذ العقد ويجعله موقوفا على إجازة من تعلق حقه به.

إلا أن هذا القياس غير صحيح أولا، لأن حكم الأصل في بيع المرهون فيه غير متفق عليه ففيه من يقول ببطلانه، وثانيا إن حق المرتهن يتعلق بالرقبة أو بالعين المرهونة، بينما حق المستأجر يتعلق بالمنفعة.

واستدل الحنفية بقولهم، وهو أن البائع لا يستطيع على تسليم العين المؤجرة لتعلق حق المستأجر بها[2].

وقد نصت المادة 299 من مرشد الحيران على ما يلي: « بيع المرهون والمستجار ينعقد موقوفا على إجازة المرتهن والمستأجر، فإن أجاز المستأجر البيع، أو مضت المدة، أو انفسخت الإجارة نفذ البيع، ولا ينزع العقار من يد المستأجر حتى يستوفى ما قدمه من

1 – رد المختار لابن عابدين (ج 4، المرجع السابق، ص145) ورد فيها: « ووقف بيع المرهون والمستأجر على إجازة المرتهن والمستأجر، أي فإن أجازه المرتهن والمستأجر نفذ ولكن هل يملكان الفسخ قيل لا وهو الصحيح وقيل يملكه المرتهن دون المستأجر لأن حقه في المنفعة، ولذا لو هلكت العين لا يسقط دينه وفي الرهن يسقط دينه وجزم في الخانية بالثاني ولكن في حاشية الفضولين للرملي عن الزيعلي لا يملك المرتهن الفسخ في أصح الروايتين... ».

2 – الكاساني (بدائع الصنائع، ج 4، المرجع السابق، ص305) جاء فيها: « وحق الإنسان يجب صيانته عن الإبطال ما أمكن، وأمكن ما هنا بالتوقف في حق المستأجر صيانة للحقين، ومراعاة للجانبين ».

الأجرة غير المستحقة »[1].

ثانيا – رأي جمهور المالكية[2] والشافعية[3] والحنابلة[4]:

يرون أن تصرف المؤجر في العين المستأجرة صحيح نافذ وليس موقوفا على إجازة المستأجر، لأن ثبوت العقد على المنفعة لا يمنع التصرف فيها ببيع أو هبة أو نحوهما. إذ يبقى للمستأجر الانتفاع بها خلال مدة الإجارة، وللمشتري الخيار في فسخ التصرف إذا كان يجهل الإجارة.

ويستدلون قولهم بنفاذ التصرف، أن البيع وقع على العين بينما حق المستأجر وقع على المنفعة، فإذن البيع وقع على غير المعقود عليه في الإجارة، والضرر الذي يخاف عليه في حق المستأجر يوقع إذا تسلمها المشتري حالا، وما دام لن يتسلمها إلا بعد انتهاء مدة الإيجار فليس في بيعها إذن إبطال لحق المستأجر.

بينما الحنفية[5] يذهبون إلى توقف التصرف، سواء كان في ذات العين أو في منفعتها، على إجازة المستأجر أو انقضاء مدة الإيجار لسبب تعلق حق المستأجر بالشيء المؤجر. فلو باع المؤجر العين المؤجرة، فالعقد صحيح نافذ بين المتعاقدين ولكن موقوف على حق المستأجر في إجازته أو استكمال مدته في الإيجار، أما إذا كان التصرف في منفعة العين كما لو قام باستئجارها إلى مستأجر ثاني خلال مدة الإيجار الأول، فإن التصرف يكون موقوفا

---

1 – في آراء الفقهاء: محمد بن إسماعيل الغشم، المرجع السابق، ص94؛ عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق، ص371.

2 – الحطاب (مواهب الجليل، ج 5، المرجع السابق، ص408) حيث جاء فيها: « يجوز للمؤجر أن يبيع العين المستأجرة من المستأجر وغيره إن بقي مدة الإجارة ما لم يكن غرارا يخاف مثله خلافا لأبي حنيفة ولا قول الشافعي لقوله تعالى وأحل الله البيع ولأنه ليس في بيعها إبطال حق المستأجر لأن المشتري إنما يتسلمها بعد انقضاء مدة الإيجار وكل تصرف لا يبطل حق المستأجر لا يمنع أصلح... ».

3 – المهذب للشيرازي (ج 1، المرجع السابق، ص407) ورد فيها: « وإن أجر عينا ثم باعها من غيره المستأجر ففيه قولان الثاني يصح لأنه عقد على المنفعة فلم يمنع صحة البيع... ».

4 – المغني على الشرح الكبير (لابن قدامة، ج 6، المرجع السابق، ص46 إلى 47) جاء ما يلي: « إذا اجر عينا ثم باعها صح البيع نص عليها أحمد سواء باعها للمستأجر أو لغيره وبهذا قال الشافعي في أحد قوليه وقال في الآخر إن باعها لغير المستأجر لم يصح البيع لأن المستأجر يمنع التسليم إلى المشتري فمنعت الصحة ».

5 – البدائع للكساني، ج4، المرجع السابق، ص ص207–208.

على إجازة المستأجر الأول، لأن المنفعة ملك له، والمؤجر كأنه تصرف في ملك غيره، ولذلك لو أجاز المستأجر هذا الإيجار كانت الأجرة له لا للمؤجر.

ويستخلص من هذه المقارنة، أن التصرف الذي يتوقف على إجازة المستأجر عند الحنفية هو التصرف الذي يرد على العين ذاتها أو على منفعتها، بينما عند الزيدية هو التصرف في منفعة العين فقط.

الرأي الراجح

إنّ القول بانعقاد بيع العين المستأجرة صحيحا نافذا، إذ ان ضرر المستأجر غير قائم لما أن المشتري يستلمها بعد انقضاء مدة الايجار، فليس في بيعها إبطال لحق المستأجر.

لكن، هذا القول غير كافي للمحافظة على حق المستأجر، لأنه لا يصح إذا كان التسليم يتم حالا أي وقت العقد، لحماية حق المستأجر.

وبذلك يبقى القول بالوقف أولى بالقبول، إذ أنه يدفع الضرر عن المستأجر ويحقق له الحماية كونه موقوف فلا ضرر عليه[1].

غير أن جانب من الفقه الإسلامي ذهب إلى ترجيح رأي الحنفية، والقول بتوقف بيع العين المستأجرة، لأن في التوقف أكثر حفاظ على مصلحة المستأجر وهو الطرف الجدير بالحماية، لتأخير تسليم العين إلى انقضاء مدة الإيجار ولدفع الضرر عنه طالما التصرف موقوفا[2].

الفرع الثاني

بيع المستأجر في القانون

تعرف المادة 467 من التقنين المدني الجزائري الإيجار بما يلي: « عقد يمكن المؤجر بمقتضاه المستأجر من الانتفاع بشيء لمدة محددة مقابل بدل إيجار معلوم. ويجوز أن يحدد

1 – عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق، ص372 ورد فيها: « ولكن هذا الرأي مقبول ما دام فيه محافظة على حق المستاجر بتأجير تسليم العين إلى انقضاء مدة الايجار ».

2 – وفي تبرير هذا الرأي: عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق، ج 4، المرجع السابق، ص196؛ خليفة السيسني(المرجع السابق، ص131) ورد فيها: « فليس في هذا الرأي إضرارا بأحد لا سيما مع القول بعدم لزوم التصرف الذي حدث من المؤجر بالنسبة للمتعاقد معه حيث يمكنه الفسخ إن رفض المستاجر إجازة التصرف ».

بدل الإيجار نقدا أو بتقديم أي عمل آخر»[1].

إنّ الإيجار هو حق شخصي يكون محله تمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة، وتنفيذ التزام المؤجر لا يؤدي إلى نزع الملكية عن المؤجر ولا تقييد حق تصرفه في ملكه.

فمن حق المؤجر أن يتصرف في العين المؤجرة بالبيع سواء إلى المستأجر أو الى الغير. فإذا انتقلت الملكية إلى المستأجر فينتهي الإيجار لشرائه للعين ويكون ذلك سواء أكان الإيجار ثابت التاريخ قبل البيع أو غير ثابت. فيصبح المستأجر مؤجرا لنفسه فتتحد الذمة[2].

أما إذا انتقلت ملكية العين المؤجرة إلى الغير بالبيع فلا يؤثر ذلك في عقد الإيجار من منطلقين:

أولا: على أساس المادة 109 من التقنين المدني الجزائري والتي تقابل المادة 146 من التقنين المدني المصري التي تنص على: « إذا انشأ العقد التزامات وحقوقا شخصية تتصل بشيء انتقل بعد ذلك إلى خلف خاص فإن هذه الالتزامات والحقوق تنتقل إلى هذا الخلف في الوقت الذي ينتقل فيه الشيء من مستلزماته وكان الخلف الخاص يعلم بها وقت انتقال الشيء إليه ».

إنّ المشرع قرر بهذا النص مبدأ عاما يطبق على الإيجار في حال بيع العين المؤجرة، ذلك أن الإيجار يخول للمستأجر حقا شخصيا ينتقل إلى المالك الجديد ويسري في حقه. غير أن القاعدة الواردة في المادة 109 تستوجب علم الخلف بما سبق للسلف ترتيبه من حقوق والتزامات متصلة بالشيء. ولذلك، حتى يسري الإيجار في مواجهة من انتقلت إليه ملكية الشيء المؤجر يشترط إن يكون الإيجار موجودا في الوقت الذي انتقل إليه فيه ملكية الشيء. وأن يكون له تاريخ ثابت سابق على الوقت الذي انتقلت إليه فيه الملكية.

وثانيا: كما تضمنت المادة 469 مكرر 3 نصا آخر في هذا المجال إذ تقضي: « إذا انتقلت ملكية العين المؤجرة إراديا أو جبريا يكون الإيجار نافذا في حق من انتقلت إليه الملكية ».

1 – وهي تقابل المادة 558 من القانون المدني المصري.

2 – عبد الفتاح عبد الباقي، عقد الإيجار، الأحكام العامة، ج 1، المرجع السابق، ص488.

وهي تقابل المادة 604 من التقنين المدني المصري التي جاءت أكثر تحديدا إذ تنص: « إذا انتقلت ملكية العين المؤجرة اختيارا أو جبرا إلى شخص فلا يكون الإيجار نافذا في حق ذلك الشخص إذا لم يكن له تاريخ ثابت سابق على التصرف الذي نقل الملكية ».

ويتضح، من هذا النص، أن المشرع خول للمستأجر أن يحتج بحق الإيجار على العين المؤجرة محل البيع تجاه المشتري، بشرط أن يكون للإيجار تاريخ ثابت وسابق على التصرف بالبيع. نستخلص، مما سبق، أنه إذا باع المؤجر العين المستأجرة دون إذن المستأجر كان البيع صحيحا نافذا بين البائع والمشتري، لأن البائع تصرف في ملكه فينتج العقد كل آثاره بين الطرفين فتنتقل ملكية المبيع إلى المشتري وينتقل الثمن إلى البائع؛ غير أن انتقال المبيع إلى المشتري يكون محملا بحق المستأجر، حيث يبقى عقد الإيجار السابق هو الذي يحكم العلاقة بين المستأجر والمالك الجديد بشرط أن يكون له تاريخ ثابت، لأن عقد الإيجار باعتباره عقدا لمدة محددة لا يكون حجة على المالك الجديد وهو من الغير، إلا إذا كان له تاريخ ثابت[1].

جاء في قرار المحكمة العليا الجزائرية للقضية رقم 41480 قرار بتاريخ 1986/04/28 المجلة القضائية لسنة 1989 عدد1 ص 209/208/207:

« إذا كان القانون ينص على أن الإيجار ينعقد بمقتضى عقد بين المؤجر والمستأجر فانه ليس من الجائز إثبات عقد إيجار بموجب عقد أو بمقتضى وصولات خاصة بدفع بدل الإيجار إن القضاء بإثبات عقد إيجار اعتمادا على تصريحات شهود أو بمقتضى وثائق صادرة عن الغير يعتبر خرقا للقانون ويعرض ما قضي به للنقض والبطلان.

يستوجب لذلك نقض وإبطال القرار الذي قضى بخلاف أحكام هذا المبدأ مؤكدا وجود عقد إيجار اعتمادا على تصريحات شهود وعلى وثائق صادرة من الغير ».

أما القانون المدني الأردني نصت المادة 691 منه على: « إذا بيع المأجور بدون إذن المستأجر يكون البيع نافذا بين البائع والمشتري ولا يؤثر ذلك على حقوق المستأجر ».

بينما المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني وصفت بيع العين المؤجرة بالبيع الذي

1 – عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق، ص373.

ينعقد موقوفا على إجازة المستأجر[1].

فيكون بذلك تراجع للقانون المدني الأردني لاعتبار البيع العين المؤجرة بيعا نافذا بين طرفيه غير أنّه لا يؤثر في حق المستأجر. والمطابقة للمادة 795 من قانون المعاملات المدنية الإماراتي، إلا أنه أضافت الفقرة الثانية بخلاف أصلها الأردني حيث جاء فيها: « فإذا أذن المستأجر بالبيع أو أجازه كان البيع نافذا في حقه ولزمه تسليم الشيء المؤجر ما لم يكن قد عجل بالأجرة فيكون له حق حبس الشيء المؤجر إلى أن يسترد مقابل الأجرة عن باقي المدة التي لم ينتفع بها »[2].

وبمقارنة أحكام بيع العين المستأجرة في الفقه الإسلامي والقانون المدني نجد أن الإيجار في كل منهما يظل العقد ساريا ونافذا رغم انتقال الملكية، غير انه في القانون المدني يقع البيع نافذا في مواجهة المستأجر لأن المشتري يلتزم باحترام عقد الإيجار واستمراره في تنفيذ التزامات المؤجر.

أما في الشريعة الإسلامية، فالبيع يوقف على إجازة المستأجر، فإن رفض إجازته بقي نفاذ البيع موقوفا إلى غاية انتهاء مدة الإيجار، هذا في رأي من يقول من الفقهاء بوقفه. وهو الرأي الذي يوفر أكثر ضمانا للمستأجر الذي يعد الطرف أكثر ضعفا في العلاقة.

1 – المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني، ج 1، ص189 إلى 192. نقلا عن: عيسى عبد القادر المومني، المرجع السابق، ص231؛ انور سلطان، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص146؛ أكثر تفصيلا في هذا رأي: ياسين محمد الجبوري، المرجع السابق، ص249.

2 – المادة 795 من قانون المعاملات المدنية الإماراتي تقضي: « ف1 – إذا بيع الشيء المؤجر بدون اذن المستأجر كان البيع نافذا بين البائع والمشتري ولا يؤثر على حق المستأجر ».

المبحث الثاني

تصرف الشريك في الحصة الشائعة[1]

ينبغي أن نعرض أولا لتصرف الشريك في الحصة الشائعة في الشريعة الإسلامية (المطلب الأول)، ثم لتصرفه في القانون (المطلب الثاني).

المطلب الأول

تصرف الشريك في الحصة الشائعة في الشريعة الإسلامية

ذهب الأحناف إلى أن لكل واحد من الشركاء في الملك الحق في التصرف في حصته كيف ما يريد بدون إذن شريكه، سواء كان التصرف إلى شريكه أم كان لغير شريكه، بشرط أن لا يضر شريكه، ويكون ذلك إذا لم تكن الشركة بالخلط والاختلاط.

لقد فرق الأحناف[2] بين ما إذا كانت حالة الشيوع قد تمت بالخلط والاختلاط أو غيرهما، واختلفوا بذلك عن جمهور الفقهاء فميزوا بين الحالتين:

– حالة ما إذا كانت الشركة بغير الخلط أو الاختلاط، يكون لكل شريك الحق في أن يتصرف في حصته كيفا ما يشاء بدون إذن شريكه أو الشركاء الآخرون، وذلك كما في حالة الميراث أو الهبة.

– حالة ما إذا كانت الشركة بالخلط والاختلاط، كما لو كان الماليين مختلطان لا يمكن التمييز بينهما، فلا يجوز للشريك أن يتصرف في حصته الشائعة بدون إذن شريكه، فينعقد

1 – جمال خليل النشار، تصرف الشريك في المال الشائع وأثره على حقوق الشركاء: دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 1999، ص44؛ عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق، ص375؛ حسن محمد بودي، المرجع السابق، ص74.

2 – جمال خليل النشار، المرجع السابق، ص44 جاء فيها: « إذا كانت الشركة بالخلط، فإن كل حبة تكون مملوكة بجميع أجزائها لأحدهما ليس للآخر فيها اشتراك، فإذا باع احدهما نصيبه لغير شريك فلا يمكن التسليم الا بتسليم ما هو غير مملوك للبائع، وذلك بتسليم حب مملوك جميعه لأحدهما مخلوط بحب مملوك جميعه لآخر فيتوقف على اذنه، بخلاف بيعه للشريك للقدرة على التسليم لما يملك دون الاعتداء على نصيب غيره » ؛ عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق، ص376.

تصرف الشريك موقوفا على إجازة الشريك أو الشركاء الآخرين.

ذلك لأنه، في حالة الخلط والاختلاط يعتبر المال الشائع مملوكا لجميع الشركاء وليس للشريك فيه جزء معين[1]، فإن كان يقدر على تسليم المال المشاع إلى شريكه إلا أنه، لو باعه إلى غير شريكه فلا يقدر على تسليم المال إلا مخلوطا بنصيب الشريك، لذلك يتوقف التصرف على إذنه.

وأخذت نص المادة 369 من مرشد الحيران بهذا المعنى حيث نصت بما يلي: « لكل واحد من الشركاء في الملك أن يتصرف في حصته كيف شاء بدون إذن شريكه بجميع التصرفات التي لا يترتب عليها ضرر لشريكه، فله بيع حصته ولو من غير شريكه بلا إذن إلا في صورة الخلط والاختلاط، فإنه لا يجوز البيع من غير شريكه بلا إذنه، وليس له أن يتصرف في حصته تصرفا من التصرفات الضارة بدون إذن شريكه »[2].

نخص هذا المطلب بفرعين، نتناول: قول الفقهاء وأدلتهم في أنه عقد باطل (الفرع الأول)، ثم رأي الفقهاء وأدلتهم بوقف التصرف (الفرع الثاني).

الفرع الأول

رأي الفقهاء في أنه عقد باطل وأدلتهم في ذلك

لقد ذهب فريق آخر من أهل الظاهر[3] وبعض الحنابلة[4] إلى القول أن تصرف الشريك في الحصة الشائعة ينعقد باطلا، سواء أكان هذا الجزء قليلا أو كثيرا، ومهما كان نوع التصرف.

---

1 – يوسف محمد عبيدات، الحقوق العينية الاصلية والتبعية، دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة، الاردن، 2011، ص328.

2 – هي تقابل المادتين 214 و215 من مجلة الأحكام العدلية.

3 – المحلى لابن حزم (ج 8، المرجع السابق، ص133) جاء فيها:

« ولا يحل لأحد الشركاء إنفاذ شيء من الحكم في جزء معين مما له فيه شريك ولا في كله سواء قل ذلك الجزء أو أكثر لا بيع ولا صدقة ولا هبة ولا أصداق ولا إقرار فيه لأحد ولا تحبيس ولا غير... ».

4 – المغني لابن قدامة، ج 5، المرجع السابق، ص150؛ عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق، ص380.

ووجه استدلالهم:

أولا: بقول الله تعالى ﴿ ... **وَلا تَكْسِبُ كُلُّ نَفْسٍ إِلاَّ عَلَيْهَا وَلا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى...** ﴾[1].

ومن السنة استدلوا إلى الحديث الشريف، قول الرسول صلى الله عليه وسلم« **إن دماءكم وأموالكم عليكم حرام** ».

ووجه الدلالة من هذه النصوص، أن تصرف الشريك في حصته الشائعة قبل القسمة تصرف باطل، لأن الشريك لا يعلم هل يرجع الجزء الذي تصرف فيه بالبيع له بعد القسمة أم لا. فيكون كمن باع ملك غيره بدون إذنه، الذي يعتبر بيع باطل عندهم وليس موقوفا. فضلا عن إنه قياس مع الفارق، لأن حكم الأصل في بيع ملك الغير غير متفق عليه، فيكون قياس غير صحيح[2].

الفرع الثاني

رأي الفقهاء بوقف التصرف وأدلتهم في ذلك

لقد جنح إلى ما ذهب إليه الأحناف كل من جمهور الفقهاء من مالكية[3] وشافعية[4] والحنابلة في إحدى الروايتين[5].

فهم يقولون بصحة بيع الشريك لحصته الشائعة مطلقا، سواء كان الشيوع يقبل القسمة

---

1 – سورة الأنعام، الآية 164.

2 – في عرض هذه الأدلة: عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق، ص ص370 –371.

3 – شرح الخرشي للخرشي (ج 6، المرجع السابق، ص45) ورد فيها: « تصرف الإنسان في مال نفسه لا يحتاج فيه الإذن قلت قد علمت أن كل واحد باع بعض ماله ببعض مال الآخر على وجه الشيوع فيحتاج في تصرفه في ماله للإذن بذلك ».

4 – نهاية المحتاج للرملي (ج 5، المرجع السابق، ص9) ورد فيها: « ولكن لا يتصرف أحدهما (الشريكان) إلا بإذن الآخر ».

5 – المغني لابن قدامة (ج 5، المرجع السابق، ص150) ورد فيها: « الشريك إذا فعل ما لم يؤذن فيه فإن هذا يشبه البيع الصادر من الأجنبي ويكون البيع باطلا لأنه خالف مقتضى الإذن، أما على الرواية الأخرى في المذهب التي تقرر أن البيع الصادر من الأجنبي يقف على الإجازة فيمكن أن يقاس تصرف الشريك عليه ».

أم لا يقبل ذلك، وسواء تم البيع إلى شريكه أو إلى غير شريكه، وسواء كان الشيوع قد تم بالخلط أو الاختلاط. ويؤسسون قولهم لأن الإنسان حر في حقه. لكنهم خالفوا الأحناف الذين يميزون بين حالة الشيوع التي تمت بالخلط والاختلاط والتي لم تتم بذلك. واستدل القائلون بوقف تصرف الشريك في المال المشاع بما يلي:

أولا: بقول الرسول صلى الله عليه وسلم « **من كان له شريك في نخل أو أربعة فليس له أن يبيع حتى يؤذن شريكه، فإن رضي أخذه، وإن كره ترك** »، ويبين الحديث أن بيع الشريك حصته المشاعة والمختلطة بحصة شريكه ينعقد موقوفا على إجازة هذا الشريك، منعا للضرر الذي قد الحق به.

ثانيا: إنّ تصرف الشريك في حصته المشاعة بالبيع يشبه تصرف الموصي في القدر الزائد على الثلث وتصرف المدين الضار بمصلحة الغرماء، فينعقد موقوفا على الإجازة لتعلق حق الغير به. ورد على هذا الاستدلال من طرف الفقهاء القائلون بالبطلان بأن حكم الأصل في تصرف الموصي في القدر الزائد على الثلث وتصرف المدين الضار بمصلحة الغرماء غير متفق عليه، فمنهم من الفقهاء من يقول ببطلانه، فيكون إذا قياسا غير صحيحا.

ثالثا: يشبه البيع الصادر من الشريك البيع الصادر من الفضولي حين يبيع ملك الغير، لأنه كلا التصرفين يتعلقان بحق الغير، ففي حالة تصرف الشريك إذا كانت الشركة بالخلط والاختلاط يكون قد باع ماله ومال شريكه، إذا يقف البيع على إجازة الشريك فيشبه تصرف الفضولي في مال الغير. ورد على هذا الاستدلال، ان الشريك لما يتصرف في المال المشاع فهو مملوك له ومختلط بحق شريكه والشركاء الآخرين، أما الفضولي فيتصرف في مال غير مملوك له، فيتوقف إذن على إجازة المالك أو صاحب الإجازة، فضلا عن ذلك، ان قياس الشريك بالفضولي مع الفارق، لأنه من الفقهاء من يقول ببطلان تصرف الفضولي، فيكون قياسا غير صحيحا[1].

1 – في عرض حجج الطرفين: عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق، ص372؛ حسن بودة، المرجع السابق، ص75.

الرأي الراجح

يتأرجح لنا، أن ما ذهب إليه القائلون بوقف تصرف الشريك في حصته الشائعة على إذن شريكه أو الشركاء الآخرين فيه تحقيقا لمصلحة الشريك، لأنه يهدف إلى حماية حقه في الشيوع، كما أن الوقف يمنع ما قد يحدث للشركاء من إضرار تنجم عن تصرف الشريك قبل قسمة الملكية الشائعة.

المطلب الثاني

التصرف بالبيع في الحصة الشائعة في القانون

إنّ الحصة التي يملكها الشريك في الشيوع تعتبر شائعة في كل المال فلا تتركز في جانب منه بالذات[1]، وقال الدكتور أبو السعود « إن الحصة الشائعة للشريك المشاع هي مجموع ما له من سلطات على الشيء الشائع، ولذلك فتصرف الشريك في حصته الشائعة هو تصرف يصدر ممن له حق على الشيء فهو يستعمل الرخصة المخولة لصاحب كل حق في أن يتصرف في حقه.

ولا تحدد الحصة الشائعة بحصة مفرزة أو موضحة المعالم وإنما تتحدد بنسبة محددة في كل ذرة من الذرات الشائعة في كامل الشيء المملوك على الشيوع »[2].

لقد عرفت المادة 713 من التقنين المدني الجزائري الملكية الشائعة بما يلي: « إذا مالك اثنان أو أكثر شيئا وكانت حصة كل منهم غير مفرزة، فهم شركاء على الشيوع وتعتبر الحصص متساوية، إذا لم يقم الدليل على غير ذلك »[3].

---

1 – نواف مخيط عبد الله، التصرف في المال الشائع في القانونين الكويتي والمصري، رسالة دكتوراه في الحقوق، جامعة عين الشمس، كلية الحقوق، مصر، 2006، ص736.

ويقول بلانيول وريبير: « وما دام الملك شائعا لم تحصل قسمته، فإن حق كل واحد من الشركاء على الشيوع ينساب على كل ذرات الملك الشائع ». PLANIOl RIPERT, op.cit, p.571.

2 – رمضان أبو السعود، الوجيز في الحقوق العينية الاصلية، أحكامها ومصادرها، دار الجامعة الجديدة، 2004، ص73؛ جمال خليل النشار، المرجع السابق، ص46.

3 – وهي تقابل المادة 825 من التقنين المدني المصري.

إنّ التصرف في الحصة الشائعة يكون في **الصور التالية:**

1- أن يتصرف جميع الشركاء في المال المشاع بكافة أنواع التصرفات، فتصرفهم يكون صحيحا نافذا في حق جميع الشركاء، لأن التصرف صدر عن إرادة جماعية كانت لها كل الولاية وقت إبرامه، وليس في هذا التصرف أي مساس بحق شخص لم يشترك في هذا التصرف[1]. وهو المبدأ المطبق في شأن الرهن الرسمي في المادة 889ف/1 مدني جزائري التي تقضي: « يبقى نافذا، الرهن الصادر من جميع الملاكين لعقار شائع، أيا كانت النتيجة التي تترتب على قسمة العقار فيما بعد أو على بيعه لعدم إمكان قسمته »[2].

2- أن يتصرف أحد الشركاء في ماله المشاع كله[3]، يجوز للشريك أن يتصرف في حصته الشائعة بجميع أنواع التصرف، وهو ما قضت به المادة 714ف/1 من التقنين المدني الجزائري التي تنص على: « كل شريك في الشيوع يملك حصته ملكا تاما، وله أن يتصرف فيها وأن يستولي على ثمارها وأن يستعملها بحيث لا يلحق الضرر بحقوق سائر الشركاء »، وهي مطابقة للمادة 826ف/1 من القانون المدني المصري.

والتصرف قد يكون بالبيع أو الإيجار أو الهبة، كما يجوز له أن يصدر التصرف إلى أحد الشركاء الآخرين أو إليهم جميعا أو يصدر إلى أجنبي، وان يكن للشركاء الآخرين حق استرداد الحصة المبيع في المنقول وأخذ الشفعة في الحصة إذا كانت عقارا.

ويكون التصرف صحيحا نافذا في حق باقي الشركاء دون حاجة إلى موافقتهم ودون إعلانهم، وإن كان من المفيد إعلان باقي الشركاء حتى يستعملون حقهم في استرداد المنقول أو حقهم في الأخذ بالشفعة في العقار، حتى لا تفوتهم المدة[4].

---

1 – عبد الرزاق السنهوري، ج 8، المرجع السابق، ص836؛ رمضان أبو السعود، الوجيز، المرجع السابق، ص71؛ عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق، ص382.

2 – تقابل المادة 1039 ف1 مدني مصري.

3 – محمد حسن قاسم، موجز الحقوق العينية، ج 1: حق الملكية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2006، ص132.

4 – عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج 8، المرجع السابق، ص843؛ نواف مخيط المطيري، المرجع السابق، ص189؛ جمال خليل النشار، المرجع السابق، ص47.

ويرى الفقيهان اوبري ورو، أن الشريك في المال المشاع لا يجوز له أن يؤجر جزء من هذا المال، لأنه إذا قام بالتأجير لأي جزء من هذا المال يكون عقد إيجاره واردا على ما يملك هو وما يملك بقية الشركاء. بمعنى، انه إذا قام بالتأجير بدون موافقة الأغلبية اللازمة لهذا التأجير فانه يكون تأجيرا لملك الغير. وحكم تأجير ملك الغير، هو أنه يقع صحيحا بين المتعاقدين (المؤجر والمستأجر)، وغير نافذ في حق أغلبية الشركاء الذين يملكون أكثر من النصف[1].

فبذلك، يحل المتصرف له أي المشتري في التصرف بالبيع محل الشريك المتصرف ويصبح هو الشريك في المال الشائع بدلا من الشريك المتصرف[2].

لكن، قد يحدث أن تصرفه في المال المشاع يكون زائدا على نصيبه الشائع في المال، فيعتبر تصرفه هذا واردا على ملك الغير[3]، وبذلك تطبق عليه أحكام المادة 466 مصري، فلا يسري التصرف في مواجهة باقي الشركاء، فلهم المطالبة بإبطال البيع فيما زاد على نصيب البائع، كما يجوز للمشتري أن يطلب إبطال البيع فيما زاد على نصيب البائع، كما يجوز له أيضا طلب إبطال البيع بالنسبة لجميع المال إذا كان يجهل أن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفرزة، ولكن على أساس الغلط الذي وقع فيه[4].

3 – أن يتصرف احد الشركاء أو البعض منهم في حصته دون موافقة الشركاء الآخرين، لذلك، سنبحث عن حالة التصرف في الحصة الشائعة (الفرع الأول)، ثم في حالة الحصة المفرزة (الفرع الثاني).

---

1 - AUBRY ET RAU : op.CIT, p. 192 :(le copropriétaire d une chose indivise ne peut la louer même pour la part a lui appartenant sans le consentement de ses consorts).

2 – عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج 8، المرجع السابق، ص844 جاء فيها: « فإذا كان التصرف ينصب على عقار يجب تسجيل التصرف حتى تنقل الملكية إلى المتصرف إليه، ويستوي في ذلك ان يكون هذا العقار قائما بذاته أو داخلا في مجموع من المال كما لو تصرف الوارث في نصيبه الشائع في التركة وكانت التركة تشتمل على عقارات... ».

3 – نواف مخيط المطيري، المرجع السابق، ص189.

4 – عبد المنعم فرج الصدة، نظرية العقد، المرجع السابق، ص199؛ عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق، ص382.

الفرع الأول

تصرف الشريك بالبيع في حصته الشائعة

تنص المادة 714 ف/1 من التقنين المدني الجزائري على: « كل شريك في الشيوع يملك حصته ملكا تاما، وله أن يتصرف فيها وأن يستولي على ثمارها وأن يستعملها بحيث لا يلحق الضرر بحقوق سائر الشركاء »[1].

وبناء على ذلك، أن للشريك كل الحرية في التصرف في حقه الشائع بكامله أو بجزء منه، وسواء كان التصرف معاوضة أو تبرعا، وسواء كان المتصرف إليه شريكا آخر أو كان شخصا أجنبيا، ما دام التصرف ورد في نطاق حقه. كما، له حق استعمالها بشرط ألا يلحق بالشركاء الآخرين ضرر من جراء هذا الاستعمال[2]، فتصبح سلطته مقيدة برعاية سلطات الملاك الآخرين على الشيء نفسه، ولذا، فإن الملكية الشائعة صورة من صور الملكية من شانها زيادة فرص التصادم بين مالكى المال الشائع وما ينشأ عن ذلك من منازعات ما كانت تثور لو لا حالة الشيوع، وبالتالي فإن من شأنها إضعاف استغلال الأموال المملوكة على هذا الوجه ونقص الدخل القومي[3].

ويكون تصرف الشريك صحيحا نافذا في حق جميع الشركاء دون حاجة إلى موافقتهم عليه، ولكن بشرط إعلانهم به في حالة ما إذا حصل البيع لأجنبي عن الشركاء حتى تبدأ من وقت الإعلان المدة التي يسقط بانقضائها حق الشركاء الآخرين في طلب الشفعة[4] أو

---

1 – تقابل المادة 826 ف/1 من القانون المدني المصري.

2 – محمد المهدي إبراهيم، المرجع السابق، ص383 ورد فيها: « أما بالنسبة الاستعمال والاستغلال فإنهما يستلزمان سيطرة مادية على العين المراد استعمالها أو استغلالها، ذلك لأنه يحق لكل واحد من الشركاء في الشيوع أن يستعمل وأن يستغل كل ذرة من ذرات العين الشائعة بقدر حصته »؛ محمود رضا الخضيري، المرجع السابق، ص ص224–227.

3 – رمضان جمال كامل، أحكام بيع ملك الغير وبيع المال الشائع، المرجع السابق، ص147؛ محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص133.

4 – المادة 799 من القانون المدني الجزائري تقضي: « على من يريد الأخذ بالشفعة أن يعلن رغبته فيها إلى كل من البائع والمشتري في أجل ثلاثين يوما من تاريخ الإنذار الذي يوجهه إليه البائع أو المشتري وإلا سقط حقه، ويزاد على ذلك الأجل مدة المسافة ان اقتضى الأمر ذلك »؛ تقابل المادة 833 من القانون المدني المصري.

الاسترداد[1]، أو كما لو كانت الحصة الشائعة تحتوي على عقار أو في مجموع من المال يشتمل على عقار، فيجب التسجيل حتى ينتقل الحق العقاري المتصرف فيه إلى المتصرف إليه[2].

ويتضح، مما سبق، أن تصرف الشريك في حصته الشائعة يرتب أثره دون التوقف على نتيجة القسمة، لأن المتصرف إليه يصبح شريكا في الشيوع مع سائر الشركاء الآخرين بمجرد انتقال الحصة الشائعة إليه[3].

وبالرغم من أن للشريك في المال الشائع سلطة التصرف في حصته الشائعة بنقل ملكيته للغير، وما يترتب على ذلك من إدخال شريك أجنبي بين الشركاء، وما ينجر عنه من آثار على الشركاء الآخرين، إلا أن المشرع وجد سبيلا للتخلص منه وإعطاء الشركاء رخصة تمكنهم من الحيلولة دون انضمام هذا الشريك الاجنبي اليهم، وتتمثل هذه الوسائل في حق الاسترداد الذي يرد على المنقول وحق الشفعة الذي يرد على العقار.

لذا سنبحث في حق الشركاء لاسترجاع العين المبيعة عن طريق الاسترداد في نقطة أولى، وفي حقهم لاستعمال الشفعة في نقطة ثانية.

أولا – حق الاسترداد في المنقول الشائع:

منح المشرع لباقي الشركاء حق الحلول على المشتري الاجنبي في التصرف في حقه باعتراضهم في البيع، وهو ما تناولته المادة 721 ق.م.ج التي تقابل المادة 833 ق.م. مصري، والمادة 842 ق.م. ليبي، والمادة 838 ق. الموجبات والعقود اللبناني والتي خلطت

1 – تنص المادة 721 من ق.م.ج على ما يلي: « للشريك في المنقول الشائع أو في المجموع من المال المنقول، أو العقار ان يسترد قبل القسمة الحصة الشائعة التي باعها شريك غيره لاجنبي عن طريق التراضي، وذلك خلال شهر من تاريخ علمه بالبيع أو من تاريخ اعلامه، ويتم الاسترداد بواسطة تصريح يبلغ إلى كل من البائع والمشتري، ويحل المسترد محل المشتري في جميع حقوقه والتزاماته إذا هو عوضه عن كل ما انفقه.
وإذا تعدد المستردون فلكل منهم ان يسترد بنسبة حصته ».

2 – عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج8، ص 843؛ عبد المنعم البدراوي، التامينات العينية، المرجع السابق، ص ص152–153؛ أبو السعود، الوجيز، المرجع السابق، ص 73.

3 – قرار المحكمة العليا الجزائرية رقم 110039 مؤرخ في 1994/05/04 (من المقرر قانونا إنه إذا ملك اثنان أو أكثر شيئا وكانت حصة كل منهم فيه غير مفرزة، فهم شركاء على الشيوع، وتعتبر الحصص متساوية ما لم يقم دليل على غير ذلك. ومن ثم فإن القضاء بغير ذلك يعد مخالفا للقانون).

بين استرداد العقار والمنقول[1].

إنّ حق الاسترداد هو حق الشريك في المنقول الشائع أو في المجموع من المال في ان يحل محل المشتري للحصة الشائعة التي باعها شريك آخر لأجنبي[2]، فهو حق استثنائي خرج به المشرع من القواعد العامة، فلا يثبت الا بنص في القانون. وهو ما تناولته المادة 721 من ق.م.ج

يستخلص من نص المادة 721 ق.م.ج الشروط الواجب توافرها لاستعمال حق الاسترداد والاجراءات التي يجب اتباعها لاستيفاء هذا الحق وآثار ذلك الحق. وهو ما نعرض له في الآتي:

1- شروط حق الاسترداد:

حتى يسترد الشريك في الشيوع للحصة المبيعة لاجنبي لا بد من توافر الشروط التالية:

أ- يجب ان يصدر عقد البيع من احد الشروكاء في الشيوع، ولايقوم مقام البيع اي عقد اخر من عقود التصرف، تبرعا أو معاوضة، فاذا وهب الشريك حصته الشائعة أو اوصى بها، لا يجوز له استعمال حق الاسترداد لا في الهبة ولا في الوصية[3].

كما اشترطت المادة السابقة أن يكون البيع الصادر من الشريك في الشيوع بيعا بالتراضي، لان البيع بالمزاد لا يجوز فيه استعمال حق الاسترداد كون الشريك فيه لم يدخل برسو المزاد على الحصة الشائعة، ومنه يمنع الاجنبي من رسو المزاد عليه.

كما لا يجوز الاسترداد الا عند تمام البيع، اما إذا كان البيع مجرد الايجاب فقط ولم يتم قبوله ولو كان ايجابا ملزما، فإن الاسترداد سابق لأوانه[4].

ب- ورود البيع على حصة شائعة في منقول أو مجموع من المال

يرد حق الاسترداد في منقول شائع قائم بذاته، أو في مجموع من المال ولو اشتمل هذا على عقار، أما العقار الشائع المعين بالذات فلا يكون محلا لحق الاسترداد وإنما هو محل

1 – عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج8، المرجع السابق، ص851.

2 – محمد حسين منصور، الحقوق العينية الاصلية، الملكية والحقوق المتفرعة منها، أسباب كسب الملكية، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2007، ص 190

3 – أحمد محمود خليل، المرجع السابق، ص 30.

4 – عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج8، ص 855.

الحق في الشفعة، حتى ولو كان سبب في العقار هو الميراث وحتى ولو كان العقار هو كل ما تركه المورث.

وحق الاسترداد يثبت لكل شريك في الشيوع وقت البيع، سواء كان شريكا أصليا منذ بدء الشيوع أو كان شريكا طارئا، بأن تلقى حصة من أحد الشركاء لأي سبب كان كالميراث أو الشراء[1].

ج- صدور البيع إلى أجنبي عن الشركاء

يجب أن يصدر البيع الى اجنبي عن الشركاء، لأنه لو صدر إلى شريك آخر لما كان في ذلك ما يتضرر منه باقي الشركاء، فالمشتري شريكا معهم ولايزال معهم بعد أن اشترى الحصة الشائعة، فله حق الاسترداد كسائر الشركاء، ولا يستطيع شريك آخر أن يسترد منه الحصة الشائعة التي اشتراها[2].

د- المسترد هو أحد الشركاء

يثبت حق الاسترداد لكل من توافرت فيه صفة الشريك المشتاع وقت البيع، سواء كان شريكا اصليا أو كان خلفا لشريك اصلي، وسواء كان الخلف عاما كالوارث ام كان خلفا خاصا كالمشتري، مادامت صفته مشريك قد توافرت وقت البيع، واذا طلب الاسترداد اكثر من شريك كان لكل منهم الاسترداد بنسبة حصته في الشيوع[3].

وإن اشترى اجنبي حصة أو حصصا شائعة، وتقدم لاستردادها عدد من الشركاء، فان كل شريك منهم عند الاتفاق، أن يسترد من الحصة أو الحصص المبيعة بنسية حصته، وهو ما قضت به المادة 721ف2 من ق.م.ج المطابقة للمادة 833ف2 من ق.م. مصري.

إن حق الاسترداد هو رخصة منحها القانون بنص، وبذلك ليس لدائني أحد الشركاء الاسترداد باسم مدينه عن طريق الدعوى غيرالمباشرة، أما الحقوق فهي وحدها التي يجوز استعمالها نيابة عن المدين[4].

1 – أحمد محمود خليل، المرجع السابق، ص30 و31.

2 – عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج 8، ص855.

3 – مصطفى محمد جمال، المرجع السابق، ص448.

4 –حسن كيرة، المرجع السابق، ص191.

2- إجراءات وآثار حق الاسترداد:

نتطرق إلى إجراءات حق الاسترداد أولا ثم إلى آثار هذا الحق ثانيا:

أ- إن الحكمة من حق الاسترداد هي حماية الشركاء في الشيوع ومنه استقرار المعاملات بينهم. لقد قيد المشرع حق الاسترداد بميعاد قصير حتى لا يضل مصير البيع معلقا لمدة طويلة، فأوجب على من يرغب في الاسترداد من الشركاء أن يعلن رغبته الى كل من البائع والمشتري خلال شهر من تاريخ علمه بالبيع أو من تاريخ إعلانه به. وهو ما نصت عليه ف2 من المادة 721 ق.م.ج.

لم يشترط القانون أن يكون هذا الاعلان رسميا على يد محضر كما اشترطه في الشفعة، ومن ثم يجوز أن يكون هذا الاعلان مسجلا أم غير مسجل، ويصح أن يكون شفويا غير أن عبء الإثبات يكون على الشريك البائع والمشتري، وليس إعلان البيع ضروريا، فقد لا يعلن الشركاء بالبيع، ومع ذلك إذا ثبت علم شريك فعلا بهذا البيع، فإن هذا الشريك يجب إذا أراد الاسترداد أن يطالب خلال 30 يوما من يوم علمه بالبيع، وعبء اثبات العلم يقع على الشريك البائع والمشتري.

ويجب أن تتم هذه الإجراءات في مواجهة كل من البائع والمشتري، فيجب على المسترد أن يعلن رغبته في الاسترداد إلى كل من البائع والمشتري خلال الميعاد المحدد[1]، فإذا أعلن أحدهما في الميعاد المحدد ولم يعلن الآخر بعد انقضائه سقط حقه في الاسترداد، كما يجب ان ترفع دعوى الاسترداد على كل من البائع والمشتري، ويجب اختصامهما معا في جميع مراحل الدعوى بما فيها مرحلة الطعن بالنقض، وذلك لأن الاسترداد يتم في مواجهة كل من البائع والمشتري، إذ يترتب عليه حلول المسترد محل المشتري[2].

وميعاد الثلاثين يوما هو ميعاد لاعلان الرغبة في الاسترداد فقط، وليس ميعاد لرفع الدعوى، وعلى ذلك يكفي أن يظهر المسترد استعداده لتعويض المشتري عن كل ما انفقه دون حاجة الى ايداع المبلغ في خزينة المحكمة مثل ما يشترك في حق الشفعة، وإذا لم يتم الاسترداد بالتراضي، فيكون للمسترد ان يرفع دعوى قضائية في أي وقت إلى أن تتم القسمة، إذ لم ينص المشرع على ميعاد لرفع الدعوى.

---

1 – نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص150.

2 – زهدي يكن، الملكية والحقوق العينية، ص258.

ب- آثار حق الاسترداد

إذا تم الاسترداد بالاتفاق أو بحكم من المحكمة، حل المسترد محل المشتري في جميع حقوقه والتزاماته إذا عوضه عن كل ما أنفقه، وهو ما قضت به المادة 721ق.م.ج.

لا يعد الاسترداد بيعا جديدا من المشتري إلى المسترد، وإنما يبقى العقد الاصلي ويحل المسترد محل المشتري في هذا العقد، فهو حلول شخصي بمقتصاه يأخذ المسترد مكان المشتري، فيصبح هو المشتري مباشرة من البائع، فيصبح له حقوق المشتري وعليه التزامات وذلك من وقت البيع، فلا يكون المسترد خلفا للمشتري، بل هو خلف للبائع يتلقى منه الحصة المبيعة مباشرة، فليس للاسترداد أثر رجعي[1]، ولهذا نعرض الى علاقة المسترد بالمشتري، وعلاقة المسترد بالبائع، وعلاقة البائع بالمشتري في النقاط التالية:

- علاقة المسترد بالمشتري

يحل المسترد محل المشتري وقت البيع، وعلى ذلك تسقط الحقوق التي رتبها المشتري على المبيع، حيث تخلص الحصة المبيعة للمسترد خالية من اي حق عيني أو تبعي قد قام به المشتري. وطالما ان المسترد كانه اشترى من البائع، فيلتزم هذا الأخير تجاهه بضمان الاستحقاق، كما أن المسترد يلتزم بدفع الثمن الى البائع، واذا كان الحق مؤجلا أو مسقطا استفاد المسترد من ذلك، وإذا كان المشتري قد دفع الثمن، كما يلتزم بدفع الى المشتري ما تحمله من نفقات ويلتزم أيضا برد الثمار التي حصل عليها من وقت البيع الى المسترد[2].

- علاقة المسترد بالمشتري

يحل المسترد محل المشتري في البيع، وعلى ذلك إذا لم يكن المشتري قد وفى الثمن للبائع، التزم المسترد به تجاه البائع بدفه الثمن الحقيقي، وله إثبات صورية الثمن بكافة طرق الاثبات، كما يلتزم البائع بنقل ملكية الحصة الشائعة المبيعة إلى المسترد، فتنتقل اليه مباشرة من وقت البيع لا من وقت الاسترداد إذا كان المبيع منقولا[3].

أما في الحصة الشائعة من مجموع المال الذي يشمل على عقار ومنقول، فإنه إذا لم

1 – محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص199.

2 – رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 539.

3 – نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 111.

يكن المشتري قد سبق له تسجيل العقار، فعلى المسترد إجراؤه حتى تنتقل اليه الملكية، أما إذا كان قد سجل، فعلى المسترد أم يؤشر على هامش تسجيل هذا الاسترداد.

– علاقة البائع بالمشتري

يعد البيع وكانه تم مباشرة للمسترد، فتزول العلاقة بين البائع والمشتري باثر رجعي، فتزول كافة الحقوق التي كانت للمشتري اتجاه البائع حتى تصبح للمسترد، كما تزول كل الالتزامات التي كانت تشغل ذمة المشتري، حيث تصبح تلك الالتزامات شاغلة لذمة المسترد من وقت البيع، وعلى ذلك لا يجوز للبائع مطالبة المسترد بالثمن، وانما يطالب المشتري به، وترجع علاقة المشتري بالبائع إلى ما كانت عليه قبل البيع[1].

ثانيا – حق الشفعة في العقار:

منح القانون للمالك سلطة التصرف فييما يملك، غير أنه قيد من هذه السلطة باستعمال حق الشفعة، وهو ما قضت به المواد من 794 إلى 807ق.م.ج.

تعتبر الشفعة نظام قائم بذاته في الشريعة الإسلامية، لذلك أخذت معظم التشريعات العربية أحكامها من الشريعة الإسلامية، استدلالا بحديث جابر « قضى الرسول (ص) بالشفعة في كل ما لم يقسم ». وما روي عن ابن عباس رضي الله عنه: « قال رسول الله (ص) الشفعة في كل شيء، الارض، الدار، الجارية، الخادم »، غير انه يتضح ان الشفعة في الشريعة الاسلامية تكون في العقار والمنقول.

لقد عرفت المادة 794 ق.م.ج الشفعة بما يلي«: الشفعة رخصة تجيز الحلول محل المشتري في بيع العقار ضمن الأحوال والشروط المنصوص عليها في المواد التالية»، وتطابقها المادة 935 ق.م.م والمادة 238 ق.م. لبناني.

نعرض الى شروط حق الشفعة وإلى الإجراءات والآثار المترتبة عليها.

1- شروط حق الشفعة

يجب على الشفيع أن يراعي توفر الشروط اللازمة لكي يتقدم بحقه في الشفعة.

1 – رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص ص539 – 540.

أ- بيع العقار

يجب أن يكون هناك عقار شائع، والعقار عرف بأنه الذي له أصل ثابت لا يمكن نقله وتحويله من مكان الى آخر مع بقاء هيئته وشكله[1].

إن العقار الذي كان شائعا ثم قسم الى أجزاء مفرزة، فاذا باع أحدهم حصته لا يحق لباقي الشركاء طلب الشفعة، فهم بعد القسمة ليسوا شركاء في الشيوع، بل أصبحوا جيرانا، فيجوز له باعتباره جارا الأخذ بالشفعة ولا شريكا، مثلما يقع على حائط مشترك أو فناء مشترك[2].

يعتبر القانون لا وجود للشفعة الا بوجود عقد بمقابل مالي معلوم، فلا بد من وجود تصرف قانوني ملزم للجانبين[3] باستثناء بيوع حددها المشرع الجزائري حصريا في احكام المادة 798 ق.م.ج التي تقضي: « لا شفعة: – إذا حصل البيع بالمزاد العلني وفقا لإجراءات رسمها القانون،

– وإذا وقع البيع بين الاصول والفروع أو بين الزوجين أو بين الأقارب لغاية الدرجة الرابعة، وبين الاصهار لغاية الدرجة الثانية،

– إذا كان العقار قد بيع ليكون محل عبادة أو ليلحق بمحل العبادة ».

ب- بيع الحصة الشائعة لأجنبي

إذا باع الشريك المشتاع حصته الى شريك اخر لا يجوز الاخذ بالشفعة، ولذلك تنص المادة 796ف2 من ق.م.ج بما يلي: « تثبت الشفعة للشريك في الشيوع إذا بيع جزء من العقار المشاع إلى أجنبي »، وتطابقها المادة 937 ف3 ق.م. مصري.

وفي حالة تعدد الشفعاء استحق كل واحد منهم الشفعة بقدر نصيبه حسب احكام المادة 796ق.م.ج، واذا تزاحم الشفعاء بين طبقات مختلفة، فيكون حق الشفعة حسب ترتيب نص المادى796 التي تقضي: « إذا تعدد الشفعاء يكون استعمال حق الشفعة حسب ترتيب المنصوص عليه في الفقرات التالية:

إذا كان الشفعاء من طبقة واحدة استحق كل منهم الشفعة بقدر نصيبه

1 – محمد سلام مدكور، المدخل، المرجع السابق، ص 473.

2 – عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج9، ص ص547–548.

3 – حسن كيرة، المرجع السابق، ص586.

وإذا كان المشتري قد توفرت فيه الشروط التي تجعله شفيعا بمقتضى المادة 795 فإنه يفضل على الشفعاء من طبقته أو من طبقة ادنى ولكن يتقدمه الذين هم من طبقة أعلى ».

2- إجراءات وآثار حق الشفعة

نتطرق إلى إجراءات حق الشفعة أولا ثم إلى آثارها ثانيا.

أ- إجراءات حق الشفعة

أخضع المشرع الجزائري حق الشفعة لعدة إجراءات وهي:

- اعلان الشفيع لرغبته الى البائع والمشتري

تقضي المادة 799 ق.م. بما يلي: « على من يريد الأخذ بالشفعة أن يعلن رغبته فيها إلى كل من البائع والمشتري في أجل ثلاثين يوما من تاريخ الانذار الذي يوجهه اليه البائع أو المشتري وألا سقط حقه، ويزاد على ذلك الأجل مدة المسافة إن اقتضى الأمر ذلك ».

يعتبر الانذار فاتحة الاجراءات، فاذا وجهه البائع لا داعي لان يوجهه المشتري ، كما يجوز أن يوجه هذا الإنذار إلى وكيل الشفيع، إذا كان مفوضا في تمثيل موكله أمام المحاكم[1].

ويشمل الإنذار البيانات التالية حسب أحكام المادة 800 ق.م.ج التي تقضي: « يجب أن يشمل الإنذار المنصوص عليه في المادة799 على البيانات التالية وألا كان باطلا:

- بيان العقار الجائز اخذه بالشفعة بيانا كافيا

- بيان الثمن والمصاريف الرسمية وشروط البيع واسم كل من البائع والمشتري ولقبه ومهنته وموطنه والاجل الذي قدره ثلاثون يوما للإعلان المنصوص عليه في المادة 799 ».

كما يكون عدد الانذارات بعدد الشفعاء، وفى حالة انعدام الانذار فان الشفيع له الحق في الاعلان عن الرغبة في الشفعة خلال سنة من شهر عقد البيع[2].

- رفع الدعوى

تقضي المادة 802 من ق.م.ج بما يلي: « يجب رفع دعوى الشفعة على البائع

1 – محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 290.

2 – المرجع نفسه، ص 290.

والمشتري أمام المحكمة الواقع في دائرتها العقار في أجل ثلاثين (30) يوما من تاريخ الاعلان المنصوص عليه في المادة 801 وألا سقط الحق ».

يتضح من المادة السالفة أنه لكي ترفع الدعوى على المشتري والبائع كما على الشفيع، لابد من احترام الميعاد المحدد في القانون، والا سقط حق الشفيع.

ب- آثار حق الشفعة:

تثبت الشفعة بالتراضي أو بحكم نهائي ينقل حق الملكية منذ صدوره للشفيع، فيحل الشفيع محل المشتري ويسلم له المبيع على حاله مع ضمان الاستحقال وهو ما قضت به المادة 804 ق.م.ج

يحق للشفيع تملك الثمار قبل صدور الحكم بالشفعة، اما بالنسبة للبناء أو الغرس فاذا بناها المشتري قبل إعلانه الرغبة في الشفعة، يخير المشتري بين دفع نفقاته أو مقدار ما زاد في قيمته، أما إذا كان بعد الإعلان طلب الإزالة أو استبقاء مقابل دفع النفقات وأدوات العمل. وهو ما تناولته المادة 805 ق.م.ج[1].

الفرع الثاني

تصرف الشريك بالبيع في حصة مفرزة من المال الشائع

تناولت الفقرة الثانية للمادة 714 من التقنين المدني الجزائري هذه الحالة، حيث تنص بما يلي: « إذا كان التصرف منصبا على جزء مفرز من المال الشائع ولم يقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب المتصرف انتقل حق المتصرف إليه من وقت التصرف إلى الجزء الذي أل إلى المتصرف بطريق القسمة، وللمتصرف إليه الحق في إبطال التصرف إذا كان يجهل أن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفرزة »[2].

يؤخذ على هذا النص، انه لم يبن صراحة حكم التصرف إلا بعد القسمة وأغفل حكمه

1 – تنص المادة 805 ق.م.ج بما يلي: « إذا بنى المشتري في العقار المشفوع أو غرس فيه أشجارا قبل الإعلان بالرغبة في الشفعة، كان الشفيع ملزما تبعا لما يختاره المشتري أن يدفع له أما المبلغ الذي أنفقه او مقدار ما زاد في قيمة العقار بسبب البناء أو الغراس ».

2 – وهي تقابل المادة 826 من القانون المدني المصري فقرة 2، قرار المحكمة العليا الجزائرية تحت رقم 63765 مؤرخ في 1990/10/29: « من المقرر قانونا أن كل شريك في الشيوع يملك حصته وله أن يتصرف فيها ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا يعد خطأ في تطبيق القانون ».

قبل القسمة، لذلك، يجدر بنا الأمر أن نبحث عن الحالتين في نقطتين، سنري في الحالة الأولى حكم التصرف قبل القسمة، ثم في الحالة الثانية حكم التصرف بعد القسمة، واخيرا موقف المشرع الجزائري منه.

أولا – حكم تصرفه قبل القسمة:

نوضح في هذا الموضوع، حكم التصرف قبل وقوع القسمة بالنسبة لطرفي التصرف في نقطة أولى، وبالنسبة لسائر الشركاء في نقطة ثانية.

1- أثر تصرف الشريك في حصة مفرزة بالنسبة إلى المتعاقدين:

انقسم الفقهاء في حكم هذا التصرف، فريق اول اعتبره تصرفا موقوفا على نتيجة القسمة: وبناء على ذلك، لا يجوز للمشتري طلب إبطال البيع على أساس المادة 466 مدني مصري التي تقابل المادة 397 مدني جزائري الخاصة ببيع ملك الغير، لأن الحصة المفرزة من المال الشائع لا تعتبر بيع ملك الغير ما دام الشريك البائع يملك الجزء المفرز، لكن يبقى للمشتري أن يبطل العقد على أساس الغلط الجوهري الذي وقع فيه، لما اتضح له أن بائعه لا يملك ملكية فردية خالصة ما قام ببيعه[1].

وذهب فريق آخر إلى القول أن حكم المادة 826 مدني مصري المقابلة للمادة 714 مدني جزائري فقرة ثانية لا تفيد الرأي القائل بعدم جواز الإبطال قبل القسمة، وإنما قرر المشرع مبدأ الحلول العيني كعلاج للمضار التي تترتب على الأثر الكاشف للقسمة، وعليه يكون حكم تصرفه في الحصة المفرزة حكم بيع ملك الغير، فإذن يجوز للمشتري إبطاله، سواء كان عالما بالشيوع أم غير عالم[2].

إنّ تصرف الشريك في الجزء المفرز قبل قسمة المال قد يفترض، إنه قد باع ما يملك وهو حصته في الشيوع في هذا الجزء المفرز، ويفترض انه قد باع ما لم يملك وهو حصص الشركاء في هذا الجزء المفرز، ولذا لا بد من التعرض إلى بيان حكم هذا التصرف لما يكون المشتري عالما بأن البائع لا يملك الجزء المفرز الذي باعه وإنما يملك

1 – رمضان جمال كامل، المرجع السابق، ص ص162–163؛ محمد حسن قاسم، الحقوق العينية، المرجع السابق، ص141.

2 – رمضان أبو السعود، الوجيز في الحقوق العينية، المرجع السابق، ص ص130 – 131.

حصة فيه على الشيوع في المسألة الأولى، وإما أن يكون غير عالم بذلك فسنتعرض لها في المسألة الثانية[1].

المسألة الأولى – إذا **كان المشتري يعلم وقت البيع:** إن البائع لا يملك الحصة المبيعة ملكية مفرزة، فيقع البيع صحيحا بمعنى، انه لا يجوز للمشتري قبل القسمة طلب إبطال البيع ولكنه يعتبر مالكا على الشيوع بنسبة الجزء الذي اشتراه، لأنه لا يمكن أن تكون له حقوق أكثر من سلفه، الذي لم تكن له ملكية مفرزة بل كانت له ملكية شائعة.

كذلك، لا يجوز للمشتري بعد القسمة طلب إبطال البيع ولو لم تقع الحصة المبيعة في نصيب البائع، وإنما ينتقل حقه إلى الحصة التي وقعت في نصيب البائع بفضل الحلول العيني[2] الذي نصت عليه المادة 826 مصري و714 جزائري.

كما لا يجوز للمشتري أن يطالب في هذه الحالة[3] إبطال البيع حتى بالنسبة إلى حصص الشركاء الآخرين باعتبار أن البيع الواقع على هذه الحصص هو بيع ملك الغير[4].

---

1 – سليمان مرقس، عقد البيع، المرجع السابق، ص747 وما يليها، وهو ما قضت به المادة 714ف/2 مدني جزائري المقابلة للمدة 826ف/2 مدني مصري.

2 – أنور سلطان، عقد البيع، المرجع السابق، ص ص397–398؛ عبد المنعم البدراوي، الحقوق العينية الاصليى، المرجع السابق، ص162.

3 – المادة 799 من القانون المدني الجزائري تقضي: « على من يريد الأخذ بالشفعة ان يعلن رغبته فيها إلى كل من البائع والمشتري في أجل ثلاثين يوما من تاريخ الإنذار الذي يوجهه إليه البائع أو المشتري وإلا سقط حقه، ويزاد على ذلك الأجل مدة المسافة إن اقتضى الأمر ذلك »؛ تقابل المادة 833 من القانون المدني المصري.

4 – عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج 4، المرجع السابق، ص301 هامش2 جاء فيها: « ذلك أن البيع الواقع على حصص الشركاء يختلف عن بيع ملك الغير في أن الحصص قد تقع في نصيب الشريك البائع عند القسمة، فتعتبر بفضل الأثر الكاشف للقسمة أنها كانت مملوكة للشريك البائع وقت البيع، فلا يكون قد باع ما لا يملك هذا إلى أن المشتري وهو يعلم أن البائع لا يملك كل الجزء المفرز بيعه يكون قد ارتضى شراء ما ستتركزعليه حصة البائع الشائعة بعد القسمة ».

انظر: BAUDRY ET SAIGNAT, Op, Cit, alinea 121.

يذهبان إلى أن البيع يكون موقوفا على نتيجة القسمة في الحالتين.

PLANIOL ET RIPERT, Op, Cit, p.581: فإن عقد الإيجار في هذه الحالة يعتبر عقدا موقوفا على شرط حصول القسمة بين جميع الشركاء ووقوع الجزء المفرز في حصة المؤجر ويمكن أن يعبر عن هذا « بأن=

المسألة الثانية – إذا كان **المشتري يجهل وقت البيع:** أن البائع لا يملك الجزء المبيع ملكية مفرزة، فيقع البيع قابلا للإبطال لمصلحة المشتري للغلط في صفة جوهرية في الشيء المبيع، بأن اعتقد أن البائع يملك المبيع ملكية مفرزة وليست شائعة، فيجوز للمشتري طلب إبطال البيع قبل القسمة ولا يجبر على انتظار القسمة ونتيجتها. أما القانون المدني الفرنسي لم يورد نصا يقابل المادة 826 مصري، ومن ثم لم يميز بين المشتري الذي يعلم بأن البائع لا يملك إلا حصة شائعة والمشتري الذي يعتقد أن البائع يملك المبيع دون شريك، ففي الحالتين يكون بيع الجزء المفرز قابلا للإبطال لا موقوفا على شرط نتيجة القسمة[1].

أما إذا حدثت القسمة قبل الحكم بالإبطال ووقع الجزء المبيع في نصيب الشريك البائع، فلا يجوز للمشتري طلب الإبطال[2]، إعمالا لحكم المادة 124 مدني مصري المقابلة للمادة 85 مدني جزائري التي تقضي بأنه ليس لمن وقع في غلط أن يتمسك به على وجه يتعارض مع ما يقضي به حسن النية.

أما إذا لم يقع الجزء المفرز المبيع في نصيب الشريك البائع فيكون البيع قابلا للإبطال، على أساس أن المبيع لم يكن وقت البيع مملوكا للبائع لأن القسمة كاشفة للحق، فيعتبر المتقاسم الذي آلت إليه الحصة المبيعة مالكا لها منذ أن تملك في الشيوع، ولا يجبر المشتري على أخذ الجزء المفرز الذي وقع فعلا في نصيب البائع[3]، لأن الحلول العيني وفقا للمادة 826 مصري المقابلة للمادة 714 جزائري لا يكون إلا حيث يعلم المشتري وقت البيع أن البائع لا يملك في الجزء المفرز إلا حصة في الشيوع.

وعليه، يكون للمشتري حق إجازة البيع في أخذ الجزء المفرز الذي وقع في نصيب البائع بدلا من الجزء المفرز المبيع فهو إجازة لعقد قابل للإبطال وليس تحولا لعقد باطل[4].

=الإيجار في هذه الحالة موقوف على القسمة فإذا تمت القسمة أنتج العقد آثاره من وقت بداية الانتفاع أو من وقت القسمة ».

1 – محمد حسنين، المرجع السابق، ص201؛ خليل أحمد قدادة، الوجيز، ج 4، المرجع السابق، ص ص223 –224.

2 – رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص78.

3 – أنور سلطان، عقد البيع، المرجع السابق، ص335؛ عبد الرزاق السنهوري الوسيط، ج 4، المرجع السابق، ص303.

4 – عبد المنعم البدراوي، التامينات العينية، مكتبة سيد عبد الله وهبة بالقاهرة، مصر، ص162.

2- أثر تصرف الشريك في حصة مفرزة بالنسبة لسائر الشركاء:

إذا تصرف الشريك بالبيع بحصة مفرزة في المال الشائع فإن تصرفه لا ينفذ في حق باقي الشركاء فيما يتعلق بحصته في الشيوع في هذا الجزء المفرز، ويترتب على ذلك أن مشتري الجزء المفرز لا يدخل شريكا مع باقي الشركاء حتى في حدود حصة الشريك البائع الشائعة في الجزء المفرز الذي باعه[1]، حيث يمثل ذلك اعتداء على حقوقهم فيجوز لهم رفع دعوى الاستحقاق على المشتري يكون الهدف منها الاعتراف بحقوقهم المشاعة في هذه العين الشائعة، وذلك دون حاجة إلى انتظار القسمة[2].

ويرى بعض الشراح أن للمشتري طلب إبطال البيع قبل القسمة على أساس أن البيع هو بيع ملك الغير فيما يتعلق بحصص باقي الشركاء[3].

بينما، البعض الآخر يذهب إلى اعتبار هذا التصرف تصرفا فيما لا يملك، وذلك على أساس أن الشريك لا يملك إلا ملكية شائعة، فإذا تصرف في جزء مفرز فقد تصرف فيما ليس ملك له[4].

كما يجوز لباقي الشركاء إفراز هذا البيع فيصبح نافذا، وأخذت هذه الإجازة حكم القسمة[5]، وهذه هي أحكام بيع الشريك حصة مفرزة من المال الشائع[6]، أما إذا أجريت القسمة ووقع الجزء المبيع في نصيب الشريك المتصرف استقر أمر التصرف أيضا.

ثانيا – حكم التصرف بعد القسمة:

إذا وقع الجزء المفرز المبيع في نصيب الشريك البائع، فإن ملكية الجزء المفرز المبيع تخلص للمشتري بعد أن وقعت في نصيب الشريك البائع، فيستقر البيع بفضل الأثر الكاشف للقسمة، والشريك البائع لم يعد له بعدها حقا في الجزء المبيع.

---

1 – عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج 8، المرجع السابق، ص ص870-871.

2 – نواف مخيط المطيري، المرجع السابق، ص215.

3 – سليمان مرقس، عقد البيع، المرجع السابق، ص748.

4 – عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق، ص390؛ ياسين محمد الجبوري، المرجع السابق، ص217.

5 – عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج 8، المرجع السابق، ص876.

6 – المنصوص عليها في المادة 714ف/2 جزائري التي تقابل المادة 826ف/2 مصري؛ رمضان أبو السعود، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص79.

يخلص، من نص المادة 714 فـ2 المطابقة للمادة 826 فـ2 مصري، أنه إذا لم تقع الحصة المفرزة المبيعة في نصيب المشتري عند القسمة فإن التصرف لم يعد باطلا، كما كان معمول به في القانون المصري القديم الذي كان يأخذ فيه حكم بيع ملك الغير ومنه يجوز للمشتري طلب إبطاله، ولكنه ينتقل إلى الجزء الذي آل إلى المتصرف بطريق القسمة. ويحل محله ويعتبر واردا عليه من وقت إبرامه فينتقل إليه بموجب التصرف[1]، وقد اخذ المشرع في ذلك بفكرة الحلول العيني.

وعليه، إذا كان يعلم المشتري بأن الحصة غير مفرزة فليس له الحق في طلب الإبطال، فينتقل التصرف إلى الجزء الذي وقع في نصيب المتصرف بعد القسمة، أما إذا كان يجهل أن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفرزة فيجوز له طلب البطلان على أساس الغلط، أي بأن المشتري وقع في غلط في صفة جوهرية في الشيء المبيع وهو الأمر الذي يجيز له طلب البطلان على هذا الأساس، وليس على أساس بيع ملك الغير لأن في بيع ملك الغير يطلب الإبطال سواء علم أو لم يعلم بأن الشيء مملوك للغير[2].

يعقب على حكم المادة 714 فـ2 المقابلة للمادة 826 فـ2 مصري أنها لم تبين الإجراءات التي تتبع في حالة انتقال حق المتصرف إليه في الحصة المفرزة إلى الجزء الذي وقع بعد القسمة، فهو ينتقل إلا بقدر قيمة الجزء المتصرف فيه أصلا. فإذا كان مساويا للجزء المتصرف فيه ليس هناك أي صعوبة، بينما الصعوبة تثور لما يزيد الجزء المفرز الذي ورد التصرف عليه أو نقص عن النصيب الذي باعه الشريك بعد القسمة، فيلاحظ أن المادة السابقة تركته بدون تنظيم، كما أن المادة جاءت ناقصة في حالة ورود التصرف على عقار وإجراء الشهر المعمول به. فكان على المشرع تنظيم هذه الحالات تنظيما دقيقا حاسما قاطعا لكل خلاف.

خلاصة: يخلص من دراسة بيع الشريك لحصته الشائعة، أن الشريعة الإسلامية لم تفرق بين قيام الشريك بالتصرف في حصة مفرزة من المال الشائع أو التصرف في حصة

1 – عبد المنعم البدراوي، التامينات، المرجع السابق، ص157؛ محمد حسن قاسم، موجز الحقوق العينية، المرجع السابق، ص144.

2 – وهو حكم المادة 826 مدني مصري المقابلة للمادة 714فـ2 من القانون المدني الجزائري.

شائعة، فجعلته تصرفا موقوفا على إجازة باقي الشركاء وفقا لمذهب جمهور الفقهاء.

أما القانون المدني قد فرق بينهما، إذ جعل التصرف في الحصة الشائعة من المال المشاع صحيحا نافذا مع منح الشركاء الآخرين حق المطالبة في اخذ الحصة المبيعة بالاسترداد إذا كانت منقولا أو في مجموع من المال، أو الشفعة إذا كانت عقارا. أما في حالة بيع الحصة المفرزة فقد اختلفت الآراء، فمن قائل أن البيع صحيح بين المتعاقدين ونافذ بالنسبة لباقي الشركاء، ومن قائل انه يجوز للمشتري طلب إبطال البيع قياسا على حكم بيع ملك الغير.

والرأي الراجح عندنا، هو القول بالوقف على الإجازة طبقا لما ذهب إليه جمهور الفقهاء، فهو قول سديد ناجع، لأنه يغني من جهة، المشتري من رفع دعوى الإبطال على أساس الغلط أو على أساس بيع ملك الغير، ومن جهة أخرى، يغني، باقي الشركاء من المطالبة بأخذ الحصة المبيعة بالشفعة إذا كانت عقارا أو باستردادها إذا كانت منقولا. بالإضافة أيضا، أن فكرة الوقف تهدف إلى حماية الشركاء من تصرف شريكهم الذي يضر بهم.

المبحث الثالث

تصرف المدين المحجور عليه بدين مستغرق

لدراسة هذا الموضوع، سنحاول البحث عن تصرف المدين المحجور عليه بدين مستغرق في الشريعة الإسلامية (المطلب الأول)، ثم ننتقل إلى موقف القانون منه (المطلب الثاني).

المطلب الأول

تصرف المدين المحجور في الشريعة الإسلامية

الحجر في اللغة: المنع من التصرف[1]، حيث جاء في المصباح المنير باب الحاء ص 67 ما يلي: « حجر عليه حجرا من باب قتل منعه من التصرف فهو محجور عليه ».

والحجر بالكسر هو العقل، لقوله تعالى ﴿ **هَلْ فِي ذَلِكَ قَسَمٌ لِذِي حِجْرٍ** ﴾[2].

وسمي العقل حجرا لأنه يحجر صاحبه ويمنعه من فعل القبح[3].

أما في الاصطلاح: تعددت التعريفات في الحجر بين الفقهاء تبعا لاختلافهم في أسبابه وآثاره. **فعند الحنفية:** فهو المنع من نفاذ التصرف القولي، لأن الأفعال لا يتصور الحجر عليها وان الفعل بعد وقوعه لا يمكن رفعه، بخلاف القول، فهو يمكن رفعه بمنع انعقاده أو منع نفاذه فلو استهلك مالا أو تزوج بمهر المثل، فانه ينفذ ويضمنه ويزاحم الغرماء[4].

عند المالكية: الحجر هو « صفة حكمية توجب منع موصوفها من نفوذ تصرفه فيما زاد على قوته أو تبرعه بزائد على ثلث ماله... »[5].

---

1 – المعجم، الوسيط، ص157؛ جهاد محمود عيسى الاشقر، المرجع السابق، ص216.

2 – سورة الفجر، الآية 5.

3 – عبد الرحمان الجزيري، كتاب الفقه، ج 2، المرجع السابق، ص344.

4 – طاهر خليفة السيسني، المرجع السابق، ص110.

5 – حاشية الدسوقي على شرح الكبير (ج 3، المرجع السابق، ص265) جاء فيها: « إذا حصل من المفلس تصرف مالي فلا يبطل بل يوقف على نظر الحاكم إن شاء رده وإن شاء امضاه وقول الجواهر بل على نظر الغرماء » .

والحجر نوعان: الأول شرع لمصلحة الغير ومنه حجر المفلس لحق الغرماء والحجر على المريض لحق الورثة فيما زاد على الثلث. والثاني شرع لمصلحة المحجور عليه وهو الصغير والمجنون والسفيه والمبذر لماله[1].

وما يهمنا، من خلال استعرض آراء الفقهاء المسلمون، هو النوع الأول المتعلق بتصرفات المدين المحجر الذي تبين لنا فيه رأيين: اتجاه يرى ببطلانه (الفرع الأول)، ثم اتجاه آخر يرى بوقفه (الفرع الثاني)، ثم أخيرا، نتناول حكمه (الفرع الثالث).

الفرع الأول

الفريق القائل ببطلان تصرف المدين المحجور عليه

ذهب كل من الشافعية في القول الآخر في المذهب وأيضا الحنابلة، إلى القول ببطلان تصرفات المدين المحجور عليه، سواء كانت بعوض كالبيع والإجارة أو بدون عوض كالهبة والوقف، وسواء كان العوض مثل المعوض عنه أو أكثر منه أو أقل منه[2]، هذا كله، لأن الحجر يقتضي انعدام اثر هذه التصرفات ابتداءً لسلب أهليته، فلم يصح تصرفه فيها، لذلك يبطل. وتكون عبارته مثل عبارة الصبي غير المميز التي لا تصح وإن لحقتها الإجازة.

أوجه الاستدلال:

– قياس المحجور عليه للدين بالصبي، فلما سلبت فيه أهليتهما لا تصح تصرفاتهما، إلا أن هذا القياس مردود عليه، لأن عدم تمييز الصبي هو سبب عدم صحة تصرفاته أما المدين المحجور عليه فسبب الحجر عليه هو المحافظة على حقوق الغرماء وليس عدم تمييزه؛ فضلا عن أن حكم الأصل بالنسبة للصبي المميز غير متفق عليه، فمن الفقهاء من يقول

---

1 – الكاساني، بدائع الصنائع، ج 7، المرجع السابق، ص249.

2 – **الشافعية:** مغني المحتاج، ج 2، المرجع السابق، ص ص147–149؛ كتاب الأم للإمام الشافعي، ج 3، دار المعرفة للطباعة والنشر بيروت لبنان، ص210 ما يلي: « إذا قام الغرماء عليه حتى يصيروه إلى القاضي أن يشهد على أنه أوقف ماله عنه فإذا فعل لم يجز له حينئذ أن يبيع من ماله ولا يهب ولا يتلف وما فعل من هذا ففيه قولان: الثاني إن ما صنع من هذا باطل لأنه قد منع ماله والحكم فيه ».

الحنابلة: المغني، لابن قدامة، ج 4، المرجع السابق، ص463.

بوقف تصرفه على إجازة الولي أو الوصي أو على إجازته بعد رشده، ومنه من يقول ببطلان التصرف، فهو إذن قياس غير صحيح.

– إن الحجر هو المنع من التصرف، فهو يقتضي انعدام تصرفات المحجور عليه، وهذا الانعدام يؤدي إلى بطلان كل تصرفاته حفاظا على حقوق الغرماء التي تعلقت بماله، فلم يصح التصرف فيها[1].

ورد على هذا الدليل، أن الحجر لا يقتضي بطلان تصرف المدين المحجور عليه بل يقتضي وقف نفاذ هذا التصرف على إجازة الغرماء أو إبرائهم له من الدين أو تنازلهم عنه.

إنّ القول بالحجر على المدين وبيع ماله لتعلق حق الغرماء عليه، هو الرأي الراجح للأدلة والاقيسة القوية ولاستناده إلى قاعدة فقهية وهي « يرتكب الضرر الأخف لدفع الضرر الأعظم » ولسلامة الأحاديث المستدلة بها من المعارضة، وأن الحجر على المدين ليس إهدار لأدميته بل هوعمل مؤقت في مصلحته.

كما أن القول بوقف تصرفات المدين المحجور عليه يهدف إلى منع تصرف في ماله على وجه يضر بحقوقهم، فيحقق لهم الحماية على حقوقهم.

الفرع الثاني

الفريق القائل بالحجر على المدين وبوقف تصرفاته

الحجر يكون على المدين الموسر الذي امتنع عن قضاء ديونه وماطل، أما المدين المعسر الذي لا يملك لسداد ما عليه من الديون، فلا تجوز مطالبته بالدين قبل اليسار استنادا لقوله تعالى: ﴿ **وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ...** ﴾[2].

الحنفية: يرى جمهور الفقهاء من أبي يوسف ومحمد من الأحناف على خلاف – رأي أبي حنيفة والمالكية الشافعية والحنابلة، أن الحجر على المدين يكون في تصرفاته المالية

1 – في أدلة القائلين بالبطلان: عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق، ص353؛ محمد بن إسماعيل الغشم، المرجع السابق، ص ص96 – 99؛ عيسى عبد القادر المومني، المرجع السابق، ص ص248 – 249؛ طاهر خليفة السيسني، المرجع السابق، ص113.

2 – سورة البقرة، الآية 280. والمعنى هو أن المطالبة بالدين تؤجل لحين يساره بما عليه.

التي تضر بالدائنين، حفاظا على حقوقهم وأموالهم من الضياع، أما التصرفات غير الضارة بالدائنين كالتزوج بمهر المثل وطلاقه وخلعه ونحوه وكذلك التصرفات النافعة كقبول الهبة والصدقة فإنها تصرفات صحيحة نافذة ولا يحجر عليه فيها.

1 – يرى أبي يوسف ومحمد من الأحناف انه يحجر على المدين حماية لحقوق الغرماء من تصرفاته الضارة بهم إلا أن تصرفه في ماله ينعقد موقوفا على إجازة الغرماء واشترط لذلك شرطين:

أ – أن يكون دين المدين مستغرقا لماله أو يزيد عنه، فيشمل الحجر الديون الحالة وحتى التي يكتسبها بعد الحجر. ويصدر بذلك حكم من القاضي بإفلاسه، أما إذا لم يستغرق الدين جميع أمواله أو انه كان مستغرقا ولم يصدر حكم من القاضي بإفلاسه فلا يصح الحجر عليه.

ب – طلب الدائنين من القاضي الحكم عليه بالحجر لأنه إذا لم يطلب الدائنون الحكم عليه بالحجر فلا يحجر عليه القاضي وعليه فكل تصرفاته قبل الحجر تكون صحيحة نافذة[1].

2– أما مذهب أبي حنيفة فيقول بعدم الحجر على المدين، وإن استغرق الدين كل ماله أو كان مماطلا في أدائه[2].

وجه الاستدلال هو بما روى عن جابر بن عبد الله أنه حين استشهد أبوه في غزوة أحد، وكان طالبه الغرماء بدين أبيه فقال: « أتيت النبي صلى الله عليه وسلم – فكلمته أن لهم أن يقبلوا ثمر حائطي، ويحللوا أبي، فلم يعطهم رسول الله صلى الله عليه وسلم – حائطي وقال:

1 – جاء في البحر الرائق (لابن نجم، ج 8، المرجع السابق، ص83) ما يلي: « ... والكلام في الحجر بالدين في موضعين أحدهما أن يركبه دين مستغرق لما له أو يزيد على أمواله وطلب الغرماء من القاضي أن يحجر عليه فيحجر عليه ويمنع »؛ عبد المجيد مطلوب، النظريات العامة في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص238؛ محمد بن إسماعيل الغشم، المرجع السابق، ص97.

2 – طاهر خليفة السيسني، المرجع السابق، ص112؛ أحمد فراج حسين، الملكية، المرجع السابق، ص ص234 – 235 جاء فيها: « لأن في الحجر على الانسان ومنعه عن التصرفات إبطالا لأهليته واهدار لحريته، والضرر من ذلك أكبر وأشد من الضرر الذي يصيب الدائنين من تاخير أداء ديونهم ».

سنغدو عليك، فغدا علينا حين أصبح، فطاف في النخل، ودعا لأمرها بالبركة، فجذذتها فقضيتهم وبقى لنا من ثمرها، فالرسول صلى الله عليه وسلم، – لم يبع المال في سداد الدين، بل انتظر حتى أنضجت الثمار، فباعها جابر وقضى منها دين أبيه »[1].

لقد رد جمهور الفقهاء على هذا الحديث، أن الرسول صلى الله عليه وسلم لم يبع مال جابر بن عبد الله لأنه لم يكن مماطلا ولأنه في انتظار الغلة لا يكون مماطلا، وأن بيع المدين لا يتم إلا إذا كان مماطلا في قضاء دينه.

إنّ في الحجر عليه إهدار لأهليته وأدميته، فلا يباع ماله جبرا عنه وإنما يؤمر بسداد دينه، فإن امتثل فلا عارض له بشيء وإن امتنع حبس حتى سداد الدين أو بيع ماله بنفسه، فإن امتنع عن البيع بعد الحبس باع القاضي عليه ماله، لأن البيع مستحق عليه لإيفاء دينه. وقد رد الدكتور خليفة السيسني[2] على هذا الدليل « أن ضرر ضياع مال الدائن هو أشد وأقوى من ضرر الحجر على المدين وبيع ماله، وكما هو مقرر في القواعد الفقهية « يرتكب الضرر الأدنى لدفع الضرر الأعلى » ».

أما المالكية: يرون أن من أحاط الدين بماله يعتبر محجورا عليه، فلا يحتاج إلى حكم بالحجر عليه، ولصاحب الدين أن يمنعه من التصرف الذي يضر به [3].

واشترط جمهور الفقهاء للحجر على المدين شروطا ثلاثة وهي:

أ – أن يطلب الغرماء الحجر على المدين، فلا يجوز بغير طلب الغرماء.

ب – أن تكون ديونه مستغرقة أمواله كلها أو تزيد عنها. غير أن المالكية يشترطون أن يكون الدين زائدا على مال المفلس حتى يحجر عليه، أما إذا كان مساويا لماله فلا يحجر عليه إذا كان له كسوبا.

---

1 – أخرجه البخاري – كتاب الاستقراض باب إذا قضى دون حقه أو حلله فهو جائز حديث رقم 2395؛ نقلا عن: طاهر خليفة السيسني، المرجع السابق، ص112.

2 – خليفة السيسني، المرجع السابق، ص ص113–114.

3 – جاء في الخرشي (حاشية الخرشي، ج 5، المرجع السابق، ص266) ما يلي: « يمنع عن التصرف المالي من بيع وشراء واكتراء ولو بغير محاباة. وإذا وقع منه التصرف أوقف على نظر الحاكم ردا وإمضاء وأما لو التزم شيئا في ذمته أو اشترى أو اكترى بشيء في ذمته إلى أجل معلوم فلا يمنع على أن يوفيه من مال يطرأ له غير ما حجر عليه فيه كخلعه وطلاقه وعفوه ».

ج – أن تكون ديونه حالة، غير أن المالكية يرون بالحجر على المدين ولو كانت ديونه مؤجلة، طالما أن الدين احتاط بماله.

يخلص مما ذكر أن الفقهاء: أبو يوسف ومحمد من الأحناف وكذا المالكية وأحد الرأيين عند الشافعية والزيدية، يقولون بالحجر على المدين، وأن الدين سبب من أسباب الحجر لأن الحجر إذا كان يجوز على السفيه رعاية لمصلحته فالحجر على المدين رعاية لحقوق الدائنين يكون أولى، لأن عدم الحجر عليه يؤدي إلى ضياع حقوقهم، ومنه اعتبار تصرفاته موقوفة[1].

استدل جمهور الفقهاء لما ذهبوا إليه بما يلي:

– انّ النبي صلى الله عليه وسلم حجر على معاذ بن جبل وباع ماله في دين كان عليه وقسمه بين الغرماء، فأصابهم خمسة أسباع حقوقهم، فقال لهم النبي صلى الله عليه وسلم: « **ليس لكم إلا ذلك** »[2].

– إنّ الحجر على المدين فيه منع من نفاذ تصرفاته، وأن المنع من النفاذ يقتضي وقف نفاذ التصرف على إجازة الدائنين وليس البطلان، لأن الحجر مقرر أصلا لمصلحتهم، فإن أجازوها نفذت وإذا ردوها بطلت.

– إنّ الحجر على المدين يجعله بمكانة الفضولي، فلا تكون لهما ولاية التصرف شرعا، وعدم التصرف يترتب عنها وقف نفاذ التصرف وليس بطلانه، لاعتبار الولاية شرط من شروط النفاذ وليس من شروط الانعقاد.

غير أنّه، انتقد هذا القياس كون أن حكم الأصل في الفضولي غير متفق فيه عند الفقهاء، فضلا عن أن المدين إذا تصرف فهو يتصرف في ملكه الذي تعلق به حق الدائنين فيتوقف إذن على إجازتهم، على عكس الفضولي فانه يتصرف في ملك الغير، فليس له ولاية التصرف أصلا.

---

1 – أحمد فرج حسين، الملكية ونظرية العقد، المرجع السابق، ص234.

2 – إن معاذ بن جبل بن عمرو بن اوس بن عابدين بن كعب الأنصاري، كان من أحب الصحابة إلى الرسول إليه وكان أعلمهم بالحلال والحرام شهد العقبة وبدرا والمشاهد كلها، ومات بالطاعون سنة 17هـ عن عمر أربع وثلاثين سنة. نقلا عن: طاهر خليفة السيسني، المرجع السابق، ص111.

– قياس المدين المحجور عليه على تصرف المريض مرض الموت في الحجر عليه، لأن المريض يحجر عليه لمصلحة الورثة الذين لا يتعلق حقهم بالمال إلا بعد موت مورثهم (المريض)، بخلاف الدائنين الذين يتعلق حقهم بمال المدين أثناء حياته. فالأولى، أن يحجر عليه، ومن ثم، فإن تصرفاته موقوفة على إجازة ممن مس التصرف حقه، والحكمة من الوقف في كلا الحالتين هو تعلق حق الغير بالشيء المتصرف فيه[1].

الفرع الثالث

حكم تصرفات المدين المحجور

يرى جمهور الفقهاء أن تصرف المدين المحجور صحيح نافذ قبل الحجر عليه، وحكمه حكم الشخص العاقل المتصرف في أمواله، حيث لا يمنع من تصرفاته.

غير، أن المالكية يجيزون الحجر على المدين قبل طلب الغرماء له بحجة أن جميع أمواله تعلقت بها حقوق الدائنين، فكانوا أولى بها منه. ورد على هذا القول، أن الأصل في التصرفات هو الجواز ما لم يرد المنع، والقول في بطلان تصرفه قبل الحجر عليه يكون تقديما للمسبب على السبب، فهو غير جائز.

أما تصرفاته بعد الحجر، مجمل الفقهاء متفقون على صحتها إن كانت نافعة نفعا محضا كقبول الهبة ومتفقون أيضا على بطلانها إن كانت ضارة ضررا محضا كالهبة والصدقة.

أما تصرفاته المترددة بين النفع والضرر كالبيع والإيجار اختلف الفقهاء في حكمها:

– يرى أبو يوسف ومحمد من الحنفية صحة تصرفاته بشرط ألا تشتمل على غبن، وإلا خير المشتري منه بين إزالة الغبن وبين الفسخ[2].

– المالكية: إذا قام المحجور عليه بتصرف دائر بين النفع والضرر فلم يبطل تصرفه، وإنما يوقف على إجازة الغرماء عند اتفاقهم، ويوقف على نظر الحاكم عند اتفاق الغرماء واختلافهم في رده وإمضائه[3].

---

1 – في أدلة القائلين بالوقف: عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق، ص350.

1 – المرجع السابق، ص117؛ عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق، ص350.

2 – حاشية الدسوقي، ج 3، ص265؛ عبد الرحمان الجزيري، كتاب الفقه، ج 4، ص370 وما بعدها.

الرأي الراجح

إنّ القول بوقف تصرفات المدين المحجور عليه على الإجازة فيه مراعاة للطرفين معا، فللغرماء في منع المحجور عليه من التصرف فيه حفظ للمال من الضياع وضمان لحقوقهم، كما أن في وقفه، ليس فيه ضرر للغرماء لأنهم إن أجازوه نفذ وإن رفضوه بطل وفسخ. كما أن القول بوقف تصرفات المدين المحجور عليه يهدف إلى منع التصرف في ماله على وجه يضر بحقوقهم، أما بالنسبة إلى المدين المحجور، القول بوقف تصرفه فيه حفظ لكلام عاقل عن إهداره، لأنه تصرف صدر من أهله في محله[1].

المطلب الثاني

تصرف المدين المحجور عليه بدين مستغرق في القانون

إنّ المشرع الأردني تناول موضوع الحجر على المدين المفلس، ورتب عليه تقييد حرية المدين في التصرف في ماله، سواء بمقابل أو دونه، طبقا للمادة 381 مدني التي تقضي: «يترتب على الحكم بالحجر على المدين ألا ينفذ في حق دائنيه جميعا تصرفه من ماله الموجود والذي يوجد بعد وإقراره بدين أخر وذلك منذ تسجيل الاستدعاء »[2].

يستخلص من نص المادة، أنه يمنع المدين المحجور بعد قرار الحجر من أي تصرف يقوم به ولو كان بثمن المثل، فإذا تصرف خلافا لذلك، كان تصرفه موقوفا على إجازة الدائنين أو استيفائهم لحقوقهم، فإن أجازوه نفذ وإن ردوه بطل. ويكون عليها، أن المشرع الأردني أخذ بقول المالكية وبإحدى الروايتين لدى الشافعية[3].

وأفرد له المادة 375 والمادة 376 من القانون المدني[4].

---

1 – جهاد عيسى الأشقر، المرجع السابق، ص225؛ طاهر خليفة السيسن، المرجع السابق، ص118 والرأي الراجح عنده.

2 – تقابل المادة 406 ف/2 و3 من قانون المعاملات المدنية الإماراتي.

3 – عيسى عبد القادر المومني، المرجع السابق، ص ص246 – 247؛ بن إسماعيل الغشم، المرجع السابق، ص97.

4 – تنص المادة 375 من القانون المدني الأردني على ما يلي: « يجوز الحجر على المدين إذا زادت ديونه الحالة على ماله ». التي تقابل المادة 401 من قانون المعاملات المدنية الإماراتي المادة 999 من مجلة الأحكام =

وطبقا للمادتين السابقتين، لا يكون الحجر على المدين إلا بعد صدور قرار قضائي يكون بناء على طلب احد الدائنين أو المدين نفسه، وذلك عندما تزيد ديونه الحالة على أمواله.

كما قضت المادة 147 منه: « إذا أصاب الغبن ولو كان يسيرا مال المحجور عليه للدين أو مريض مرض الموت وكان دينهما مستغرق لمالهما كان العقد موقوفا على رفع الغبن أو إجازته من الدائنين وإلا بطل ».

يستخلص من النص، أن تصرف المدين المحجور عليه بدين مستغرق في عقد معاوضة يكون نافذا إذا تم بثمن المثل ويرتب جميع آثاره، أما إذا كان بغبن ولو يسيرا فلا ينفذ العقد بحق دائنيه، وإنما يكون موقوفا على إجازة الدائنين، فإن أجيز أو أكمل المتعاقد معه الثمن إلى المثل نفذ العقد، وإلا بطل.

يترتب من ذلك، أن المشرع الأردني وقع في تناقض بعد أن اعتبر تصرفه نافذا إذا تم بثمن المثل، في نص المادة 147، وتراجع عنه في المادة 381 السابق ذكرها، إذ منع المدين المحجور عليه من التصرف في ماله ولو بثمن المثل، فإذا تصرف فيه بثمن المثل بعد الحكم بالحجر عليه كان تصرفه غير نافذ، وإنما موقوفا على إجازة الدائنين أو استيفائهم لحقوقهم.

أما قبل الحجر على المدين، منع القانون المدني الأردني[1] المدين من التصرف في ماله إذا أحاط الدين الحال والمؤجل بمال المدين إحاطة مساواة أو زيادة، طبقا للمادة 370، وثانيا اشرط مطالبة الغرماء بديونهم، طبقا للمادة 371 منه.

=العدلية والمادة 376 توافق المواد 401 و413 من قانون المعاملات المدنية الإماراتي وتقابل المادة 270 و279 مدني عراقي.

وتنص المادة 376 على ما يلي: « 1 – يكون الحجر بحكم تصدره المحكمة التي يتبعها موطن المدين بناء على طلب المدين نفسه أو احد الدائنين وتنظر الدعوى على وجه السرعة. 2 – ويجوز لأي دائن أن يحصل بمقتضى حكم الحجر على أمر من رئيس دائرة الإجراء بحجز جميع أموال المدين عدا ما لا يجوز حجزه، ويبقى الحجز على أموال المدين قائما لمصلحة الدائنين حتى ينتهي الحجر ».

1 – إن المشرع الأردني استمد هاتين الحالتين من الفقه المالكي، غير أنه اختلف عنه لما رتب آ نافذ أي منتج لآثاره ولكنه غير نافذ بحق الدائنين، بينما المقرر في الفقه المالكي هو انعقاد التصرف موقوفا على إجازة الدائنين، طبقا للمادة 373 من القانون المدني الأردني؛ نقلا عن: عيسى عبد القادر المومني، المرجع السابق، ص247.

أما المشرع الجزائري، فان المادة 188 من التقنين المدني الجزائري تنص على: « أموال المدين جميعها ضامنة لوفاء ديونه.

وفي حالة عدم وجود حق الأفضلية مكتسب طبقا للقانون، فإن جميع الدائنين متساوون تجاه هذا الضمان »[1].

ويستخلص، من النص السابق، أن تصرف المدين المعسر إذا كان من شأنه أن ينقص من حقوق الدائنين أو ان يزيد في التزاماته لا يسري في حقهم بعد صدور قرار الحجر، فإذا تصرف المدين في ماله تصرفا ضارا بحقوق دائنيه، فإن هذا التصرف لا يسري في حقهم. وقد جعل القانون أموال المدين كلها ضامنة للوفاء بديونه، ووضع المشرع تحت يد الدائنين عدة وسائل تكفل لهم الحفاظ على الضمان العام وتقويته وتحميهم ضد تصرفات مدينهم وضد إهماله.

ومن هذه الوسائل، الدعوى غير المباشرة والدعوى البوليصية بالإضافة إلى نظام شهر الإعسار، ونتناول هذه الوسائل في الفروع التالية.

الفرع الأول

الدعوى غير المباشرة

تضمنت المادة 189 من التقنين المدني الجزائري النص على الدعوى غير المباشرة فقالت: « لكل دائن ولو لم يحل أجل دينه أن يستعمل باسم مدينه جميع حقوق هذا المدين، إلا ما كان منها خاصا بشخصه أو غير قابل للحجر ولا يكون استعمال الدائن لحقوق مدينه مقبولا إلا إذا أثبت أن المدين أمسك عن استعمال هذه الحقوق، وأن هذا الإمساك من شانه أن يسبب عسره، أو أن يزيد فيه.

ولا يجب على الدائن أن يكلف مدينه بمطالبة حقه، غير أنه لا بد أن يدخله في الخصام »[2].

خول المشرع الدائن سلطة استعمال حقوق مدينه، إلا ما كان منها متصلا بشخصه أو كان غير قابل للحجر، وذلك إذا أهمل المدين استعمال هذه الحقوق. ويكون استعمال

1 – وهي تقابل المادة 234 مدني مصري.

2 – وهي تقابل المادة 235 من القانون المدني المصري والمادة 276 من قانون الموجبات اللبناني.

الدائن حقوق مدينه، إما عن طريق رفع الدعوى باسم مدينه، مثل دعوى المدين المصاب في ماله في الرجوع بالتعويض على من ألحق به الضرر، ومثل دعوى المدين إذا كان مشتريا في الرجوع على بائعه بضمان الاستحقاق وضمان العيب، وإما عن طريق القيام بعمل من الأعمال القانونية أو المادية باسم مدينه، مثل قبول الدائن وصية أو القيام بتسجيل عقد اشترى بمقتضاه المدين عقارا حتى تنتقل إليه الملكية، أو استعمال التقادم باسم مدينه إذا أهمل التمسك به، وله هذا الحق ولو عمد المدين إلى التنازل عن الدفع به، فإن تنازل عن هذا الحق فلا يحتج به في مواجهة الدائن[1]. إنّ الدائن ينوب عن المدين في استعمال حقوقه باسم القانون، فهي نيابة قانونية مقررة لمصلحة النائب، لا لمصلحة الأصيل[2].

إنّ القاعدة العامة، أن الدائن له أن يستعمل باسم مدينه جميع حقوق مدينه، إلا ما استثنى منها حسب المادة السابقة. فتستثنى منها:

– الحقوق المتصلة بشخص المدين: أي الحقوق غير المالية المتعلقة بالأحوال الشخصية، لأنها تتصل بشخص المدين، وبالتالي لا تدخل في الضمان العام للدائنين مثل حقه في ثبوت النسب كالأبوة أو بنوة الذي يؤدي إلى ثبوت الميراث، كما لا يجوز له استعمال الحقوق المالية المتصلة بشخص المدين، كالمطالبة بالتعويض عن الضرر الذي يصيبه من السب أو القذف.

– الحقوق غير القابلة للحجر: تخرج عن الضمان العام للدائنين، لأنه ليس لهم حق التنفيذ عليها، مثل دعوى النفقة فالدائن لا يستطيع المطالبة بحق النفقة باسم مدينه ما داما لن يستطيع التنفيذ على المحكوم عليه، فلا جدوى من استعماله باسم المدين[3].

إنّ الدعوى غير المباشرة ليست وسيلة للتنفيذ على أموال المدين، وإنما الغرض منها هو المحافظة على الضمان العام للدائنين من نتائج إهمال المدين من استعمال بعض حقوقه

1 – نبيل إبراهيم سعد ومحمد حسين منصور، المرجع السابق، ص112.

2 – عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج 2، المرجع السابق، ص959.

3 – محمد حسن قاسم، مبادىء القانون، المدخل إلى القانون: الالتزامات، دار الجامعة الجديدة، الأزاريطة، الإسكندرية، مصر، 2002، ص410.

أو المطالبة بها[1]، لأن هذا الإهمال قد يؤدي إلى حرمان الدائنين من التنفيذ على ما كان يدخل في ضمانهم العام، لو قام المدين باستعمال ما كان له من حق.

الفرع الثاني

الدعوى البوليصية (دعوى عدم نفاذ تصرف المدين)

نظم المشرع الجزائري أحكام دعوى عدم نفاذ التصرف في المواد من 191 إلى 197[2].

تناولت المادة 191 من التقنين المدني الجزائري الدعوى البوليصية، واعتبرتها دعوى عدم نفاذ تصرف المدين، حيث جاء فيها: « لكل دائن حل دينه وصدر من مدينه تصرف ضار به، أن يطلب عدم نفاذ هذا التصرف في حقه، إذا كان التصرف قد انقص من حقوق المدين أو زاد في التزاماته وترتب عسر المدين أو الزيادة في عسره، وذلك متى توافر احد الشروط المنصوص عليها في المادة التالية »[3].

تهدف الدعوى البولصية إلى حماية الدائن من خطر تصرفات المدين التي يجريها إضرارا به، كأن يقوم ببيع أمواله بثمن بخس أو يهرب ما قبض من ثمن المبيع فرارا من التنفيذ على المال. فتكون إذن الدعوى البوليصية أكثر حفاظا على أموال المدين، ومنه تقوية الضمان العام للدائنين. فإذا تصرف المدين في ماله بقصد الإضرار بدائنه جاز لهذا الاخير أن يطعن في هذا التصرف الضار به بطلب عدم نفاذ هذا التصرف في حقه، فإذا استجيب إلى طلبه لم يسر التصرف في حقه ولكن يبقى قائما بينه وبين من تصرف معه[4].

---

1 – إسماعيل غانم، النظرية العامة للالتزام، الجزء الثاني: أحكام الالتزام والاثبات، مكتبة عبد الله وهبة، مصر، د.س، ص ص 177–178.

FRANCOIS TERRE, SIMLER, LEQUETTE, OP Cit, p.884 : (la double nature de l'action directe - mesure de surete et mesure d execution - se manifeste successivement).

2 – تطابق المواد 237 إلى 243 من القانون المدني المصري والمواد 238 /244/243/240 سوري؛ والمواد 269/268/265/263 من القانون المدني العراقي؛ والمواد 246/245/242/240 من القانون المدني الليبي؛ والمواد 278 لبناني، إلا أن تنظيم الدعوى البوليصية في القانون اللبناني أقرب إلى تنظيم القانون الفرنسي، كونه لا يجعل الدعوى تفيد إلا الدائن الذي رفعها دون غيره من الدائنين، وأن مدة التقادم هي عشر سنوات، بخلاف ما تضمنه القانون الجزائري في المواد 194 و197 منه والقانون المصري.

3 – تطابق المادة 237 من القانون المدني المصري.

4 – محمد حسن قاسم، مبادىء القانون، المرجع السابق، ص412. =

وإنّ كانت الدعوى البوليصية تتفق مع الدعوى الغير مباشرة، أنهما يواجهان مدينا معسرا ويهدفان إلى المحافظة على أموال المدين من أجل تقوية الضمان العام للدائنين، إلا أن الدعوى غير المباشرة تقام ضد خطر إهمال المدين وتقصيره، في حين أن الدعوى البوليصية تهدف إلى حماية الدائن من خطر أكبر وهو التصرفات التي يجريها المدين إضرارا به.

وتختلف الدعوى البوليصية عنها، كونها ترفع باسم الدائن وليس باسم المدين، وأثرها ينصرف إلى الدائن وليس إلى المدين، والهدف منها عدم نفاذ التصرف الضار بالدائن في حقه، وليس دعوى إبطال تصرف المدين، ولما كانت الدعوتين تختلفان في الأساس والشروط والآثار لا يجوز الجمع بينهما في أن واحد، إلا انه يجوز للدائن أن يستعملهما متعاقبتين إحداهما بعد الأخرى[1].

وتنص المادة 192 من التقنين المدني الجزائري المقابلة للمادة 238 من التقنين المدني المصري على شروط الدعوى البولصية حيث يشترط لعدم نفاذ تصرف المدين في حق الدائن:

1- يشترط في الدائن أن يكون حقه مستحق الأداء[2].

وهو شرط للمطالبة بدعوى عدم نفاذ تصرف المدين في حقه، لأنه إذا كان حقه متنازع فيه لا يجوز استعمال هذه الدعوى، كما لا يجوز له ذلك إذا كان حقه معلق على شرط واقف أو أجل واقف[3]، بخلاف الدعوى غير المباشرة التي لا تشترط أن يكون حقه مستحق الأداء. والعلة في ذلك، أنه في الدعوى البولصية يتدخل الدائن في إعمال المدين باسمه تدخلا خطيرا بالطعن في تصرفه الضار به، ويكون فيه الدائن قد اعتزم التنفيذ بحقه، بينما في الدعوى غير

=MALAURIE, AYNES, Op Cit, p.643: (l'action paulienne confère au créancier une protection contre les actes d'apprauvissement de son débiteur,qu' elle permet de révoquer).

1 – عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج 2، المرجع السابق، ص998.

2 – محمد حسن قاسم، مبادىء القانون، المرجع السابق، ص412.

MALAURIE, AYNES, Op Cit, p.644.
(le créancier ne peut agir que si sa créance est née,au moins dans son principe,avant l'acte attaque.)

3 – FRANCOIS TERRE,PHILLIPE SIMLER,YVES LEQUETTE, OP Cit, p.864 (…il faut que que la créance soit née, donc que son existence soit certaine).

المباشرة فعمل الدائن يقتصر فقط على استعمال حقوق مدينه نائبا عنه[1].

2- أن يكون التصرف المطعون فيه تصرفا مفقرا[2].

ومعنى ذلك، أن ينقص هذا التصرف من حقوق المدين، كتصرف المدين في عين مملوكة له، بالهبة أو البيع أو الوقف، أو أنه يقوم بتصرف يزيده التزاما، كما لو اقترض المدين أو عهد بالإنفاق على شخص لا تلزمه نفقته قانونا، أو التزم بدفع أقساط مرتفعة في عقد التامين مثلا، إلا أنه لا يجوز له الطعن في التصرف المانع من الاغتناء، لأنه ليس تصرفا مفتقرا إذ لا يؤدي هذا التصرف إلى سلب المدين حقا كان داخلا ضمن الضمان العام أو زيادة بالتزام يضعف هذا الضمان، كمثل رفض المدين قبول الهبة.

يجب أن يكون التصرف ضارا بالدائن[3]، وأنه قد صدر بعد ثبوت حق الدائن كما لو ورد التصرف على مال اعتمد عليه الدائن في استيفاء دينه، أي كان موجودا في ذمة المدين وقت نشوء الدين، وكان من الممكن التنفيذ عليه. ويكون التصرف ضارا بالدائن إذا تسبب في إعسار المدين أو تسبب في زيادة إعساره لو كان معسرا قبل التصرف.

فإذا استوفى الدائن حقه من المدين أو من المتصرف إليه، فانتفى الضرر، وألا تكون ثمة مصلحة في الاستمرار في الدعوى، وهو ما قضت عليه المادة 195 مدني جزائري الموافقة للمادة 241 مدني مصري حيث جاء فيها: « إذا كان من تلقى حقا من المدين المعسر لم يدفع ثمنه، فإنه يتخلص مما ينتج عن دعوى الدائن، متى كان هذا الثمن هو ثمن المثل، وقام بإيداعه الخزينة ».

3- يشترط إن كان التصرف معاوضة أن ينطوي على غش من المدين وعلم من صدر له التصرف بهذا الغش.

---

1 – محمد بن عبد القادر، الطبيعة القانونية لدعوى عدم نفاذ تصرفات المدين على دائنيه، 1995، القاهرة، ص109.

2 – عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي في الفقه الاسلامي، ج 5، المرجع السابق، ص25؛ جميل الشرقاوي، النظرية العامة للالتزام، ج 2، المرجع السابق، ص113؛ نبيل إبراهيم سعد ومحمد حسن منصور، المرجع السابق، ص ص131 – 132.

3 – FRANCOIS TERRE, PHILIPPE SIMLER, YVES LEQUETTE, OP CIT, p.864 : (il parait évident que le créancier ne peut se prévaloir d’une fraude à ses droits que si et dans la mesure où l’acte prétendument frauduleux lui porte préjudice.si tel n’est pas le cas, tout intéret à agir fait defaut).

والغش هو العامل الأساسي الذي تقوم عليه الدعوى البولصية، وهو توافر النية لدى المدين في الإضرار بدائنه. إن المدين يبرم التصرف بقصد الإضرار بمصلحة الدائن حتى يؤدي إلى إعساره أو زيادة إعساره، مما يجعل الضمان العام غير كافي، وبالتالي عدم تمكين الدائن من استيفاء حقه بالتنفيذ على أمواله.

أما إذا كان التصرف تبرعا، فانه لا ينفذ في حق الدائن ولو كان من صدر له التبرع حسن النية ولو ثبت أن المدين لم يرتكب غشا، وهو ما تقرره المادة 192 ف1و2 و3 مدني جزائري التي تقابل المادة 238 ف1 مدني مصري. حيث جاء فيها:

« إذا كان تصرف المدين بعوض، فإنه لا يكون حجة على الدائن إذا كان هناك غش صدر من المدين، وإذا كان الطرف الآخر قد علم بذلك الغش، يكفي لاعتبار التصرف منطويا على الغش أن يكون قد صدر من المدين وهو عالم بعسره كما يعتبر من صدر له التصرف عالما بغش المدين، إذا كان قد علم أن هذا المدين في حالة عسر.

أما إذا كان التصرف الذي قام به المدين تبرعا، فإنه لا يحتج به على الدائن ولو كان المتبرع له حسن النية ».

يترتب على الحكم في الدعوى البوليصية عدم نفاذ تصرف المدين في حق الدائن[1] وعدم خروج المال المتصرف فيه من الضمان العام كأن يقوم مثلا المدين بهبة أو بيع شيء، فالشيء الموهوب أو المبيع لا يخرج من الضمان العام للدائن وبالتالي يمكن للدائن التنفيذ على هذا الحق.

ومتى تقرر عدم نفاذ التصرف، استفاد جميع الدائنين الآخرين الذين أضر بهم تصرف المدين وتوفرت فيهم شروط الدعوى البوليصية، فهم يشاركون الدائن، رافع الدعوى، مشاركة الغرماء في حصيلة التنفيذ[2].

1 – FRANCOIS TERRE, SIMLER, LEQUETTE, Op.Cit, p.872 :« l'inopposabilite permet seulement au créancier qui a obtenu gain de cause de faire comme si l'acte n'avait pas eu lieu».

2 – نبيل إبراهيم سعد ومحمد حسين منصور، المرجع السابق، ص145، عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج 2، المرجع السابق، ص1062؛ إسماعيل غانم، احكام الالتزام، المرجع السابق، ج 1، ص250؛ عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق، ص355. =

يخلـــص، مما سبق، أن الدعوى البوليصية تجعل تصرف المدين غير ساري في حق الدائن، ويستفيد من هذه الدعوى جميع الدائنين الذي أضر بهم هذا التصرف، فهي ليست دعوى إبطال التصرف، ومنه، إعادة الحق المتصرف فيه إلى الضمان العام حتى يتم التنفيذ عليه.

ولكن، يظل هذا التصرف صحيحا قائما بين المتعاقدين مرتبا لجميع آثاره فيما بين المدين والمتصرف إليه، ويترتب عليه أن المدين البائع يظل ملتزما بتسليم المبيع ويلتزم المشتري بدفع الثمن، فلو نفذ الدائن على المبيع واستوفى حقه من ثمنه وبقي شيئا من ثمنه، فإن هذا الباقي يرجع إلى المشتري وليس إلى البائع المدين. كما يجوز للمشتري الرجوع على المدين البائع بضمان الاستحقاق الناشئ على عقد البيع، وله ايضا، أن يرجع على المدين المتصرف بما استوفاه الدائن بدعوى الإثراء بلا سبب.

الفرع الثالث

نظام الإعسار

إنّ المجال العملي أثبت قصور وسائل الضمان، لأنها لا توفر للدائن الحماية الكافية ضد غش المدين أوإهماله، نظرا لسهولة التهرب من أحكامها، حيث يصعب إثبات التواطؤ في الدعوى البوليصية وإثبات إهمال المدين في الدعوى غير المباشرة، الذي يترتب عليه خروج المال من ذمة المدين، وعليه، لا يستطيع الدائن التنفيذ عليه.

لذلك، وضع المشرع المدني الجزائري نظاما للإعسار خاص بغير التجار، يقترب من نظام الإفلاس التجاري، ويحقق حماية وافية للدائنين من المدين ويجعل المساواة الفعلية بينهم، لأنهم يتقاسمون بينهم حصيلة أموال المدين. ومقتضاه، أنه، إذا زادت ديون المدين الحالة أي المستحقة الأداء على أمواله، يجوز لدائنيه أن يطلبوا من المحكمة شهر إعساره بحكم، وتسجل صحيفة الدعوى في قلم كتاب المحكمة ويؤشر بالحكم على هامش التسجيل[1].

=FRANCOIS TERRE, SIMLER, LEQUETTE, Op. Cit, p.874 : « le créancier peut se trouver en concours avec les autres créanciers du meme tiers, prétendant comprendre dans leur droit de gage général les biens ou valeurs entres dans le patrimoine de leur débiteur».

1 – تنص المادة 249 من التقنين المدني المصري على: « يجوز إن يشهر اعسار كل مدين غير تاجر إذا كانت أمواله لا تكفي لوفاء ديونه المستحقة الأداء »؛ المطابقة للمادة 243 من التقنين المدني الجزائري.

إنّ نظام الإعسار يخدم مصالح الطرفين، أي المدين والدائنين.

فبالنسبة للمدين، أجاز له أن يتصرف في ماله بشرط أن يكون بثمن المثل، وأن يودع الثمن في خزينة المحكمة للوفاء بحقوق دائنيه، وإن شهر إعساره لا يستتبع حتما حلول الديون المؤجلة، فيكون للقاضي أن يبقى على الأجل أو أن يمده فيه أو أن ينظر إليه نظرة ميسرة بالنسبة إلى الديون المستحقة الأداء. أما بالنسبة إلى الدائنون، فنظام الإعسار يحقق لهم قسطا كبيرا من الحماية، فكل تصرف يصدر من المدين المعسر بعد شهر إعساره، يهدف إلى انتقاص حقوقه أو زيادة التزاماته لا ينفذ في حقهم.

وقد نصت المادة للمادة 249 مصري بما يلي: « يجوز أن يشهر إعسار كل مدين غير تاجر إذا كانت أمواله لا تكفي لوفاء ديونه المستحقة الأداء ».

إنّ هدف الدائن من رفع دعوى شهر إفلاس المدين، يكون إما لغل يد المدين عن التصرف في أمواله إضرارا بالدائنين، أو لسقوط أجل حقه، أو لوقف السباق بين جميع الدائنين في التنفيذ على أموال المدين، أو لمنعه من أخذ حقوق اختصاص على عقارات المدين يتقدمون بشأنها في استيفاء حقوقهم[1].

يخلص، مما سبق، تناوله في عدم نفاذ تصرف المدين في حق الدائنين، أن العقد يكون نافذا بين المدين والمتصرف معه، إلى أن يتقدم الدائن بدعوى شهر إفلاس المدين، أو بطلب اعتبار التصرف غير نافذ في حقه عن طريق رفع دعوى البوليصية، أو استعمال الدعوى غير المباشرة، أو بطلب الحكم بشهر إعسار المدين. بينما في وقف تصرفات المدين المالية الضارة بغرمائه على إجازتهم، يكون أكثر توفيقا، لأن الوقف يحقق للدائنين حماية أكبر مما تحققه فكرة عدم النفاذ في القانون، إذ أن الوقف يفيد عدم نفاذ التصرف قبل إجازته، فضلا عن أن الوقف يغني عن كل الوسائل المتعددة التي لجأ إليها المشرع المدني، لحماية الدائنين من تصرف مدينهم الضارة بهم.

1 – عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج 2، المرجع السابق، ص1199 وما يليها؛ مصادر الحق، ج 5، ص37 وما يليها؛ عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق، ص357.

المبحث الرابع

تصرف المريض مرض الموت

إنّ المرض إذا أصاب الإنسان، يؤثر في قواه البدنية لكن لا ينفي أهليته، سواء كانت أهلية الوجوب أو أهلية الأداء، غير أنه، لما تشتد به وطأة المرضى، يتولاه اليأس الذي يجعله يتصرف تبعا لمؤثرات المرض ولمن حوله. فقد يقصد من تصرفه نفع بعض الناس لشعور أحس به، أو يقصد به الإضرار بدائن لعدم تسديد ديونه، أو يقصد الهروب من وارث لم يرغب فيه. ولما كانت الموت سبب للخلافة العامة، فإن المرض المؤدي إلى الموت هو سبب لتعلق حق الورثة والدائنين بمحل التصرف، وبذلك، فإن ولاية المريض على محل التصرف تكون متخلفة. غير، أن الشريعة الإسلامية التي تقرر مبدأ عام « أنه لا ضرر ولا ضرار في الإسلام »، رأت أن تصرفات المريض مرض الموت تختلف في أحكامها عن تصرفات الصحة.

إن تصرف المريض قد يكون بالبيع اوبالوصية أو بالكفالة أو بالهبة.

لذلك، نقسم هذا المبحث إلى اربعة مطلب، نتناول تعريف مرض الموت وحكم تصرفه بالبيع (المطلب الأول)، ثم تصرفه بالوصية (المطلب الثاني)، وتصرفه بالكفالة (المطلب الثالث)، وأخيرا تصرفه بالهبة (المطلب الرابع).

المطلب الأول

تعريف مرض الموت وحكم تصرفه بالبيع

نقسم، هذا المطلب الى فرعين، نقوم أولا بتعريف المريض مرض الموت (الفرع الأول)، ثم ثانيا نخصه لأحكام تصرفاته (الفرع الثاني).

الفرع الأول

تعريف مرض الموت

عرّفه الحنفية بأنه: « الذي يمنع صاحبه الخروج من البيت لقضاء حوائجه »[1].

وعرّفه المالكية بأنه: « الذي حكم أهل الطب العارفون به بكثرة الموت به »[2].

عرّفه الحنابلة بأنه: « المرض الذي يخاف منه الهلاك»[3].

وعرّفه الفقيه أبو زهرة بانه: « المرض الذي يغلب على الشخص الهلاك فيه، ويتوقعه هو، وتكون تصرفاته لخوف الموت المترقب المرصود »[4].

ويعود سببها إلى اختلافهم في إمارات المرض[5]، غيير أن هذه التعريفات ترجع في مجموعها إلى معنى واحد لا يختلف فيه الفقهاء، وهو يجتمع فيه شرطان:

1- أن يغلب فيه الهلاك عادة، ومرجع ذلك الأطباء وأهل الخبرة في تحديد طبيعة المرض الذي يغلب فيها الموت.

2- أن يعقب مرض الموت، الموت مباشرة، سواء كان الموت بسببه أم بسبب أخر أفضى إليه كالقتل أو الغرق أو الحرق ونحوه[6].

---

1 – السرخسي، المبسوط، ج 6، المرجع السابق، ص169 جاء فيها: « أن يكون صاحب فراش قد أضناه المرض ».

2 – حاشية الدسوقي، ج 3، المرجع السابق، ص306؛ شرح الخرشي، ج 5، المرجع السابق، ص304 جاء فيها: « هو مرض الخوف، وهوما حكم أهل الطب بأنه يكثر الموت في مثله ولو لم يغلب ».

3 – المغني (لابن قدامة، ج 6، المرجع السابق، ص524) جاء فيها: « هو المرض المخوف الذي اتصل به الموت ».

4 – محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد، المرجع السابق، ص319.

5 – جهاد الأشقر، أحكام الدين، المرجع السابق، ص235؛ عزت كامل، المرجع السابق، ص22؛ عبد السلام احمد فيغو، المرجع السابق، ص65.

6 – محمد أبو زهرة، نظرية العقد، المرجع السابق، ص351؛ علي الخفيف، أحكام المعاملات الشرعية، المرجع السابق، ص278؛ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج 4، المرجع السابق، ص134؛ خليفة السيسني، المرجع السابق، ص95؛ أحمد فراج حسين، المرجع السابق، ص235.

ويضيف الأستاذ السنهوري شرطا ثالثا، وهو أن يقعد المرض المريض عن قضاء مصالحه العادية وممارسة المهنة، إلا أنه ليس بلازم لكي يكون المرض مرض الموت أن يلزم المريض الفراش، فقد لا يلزمه ويبقى مع ذلك عاجزا من قضاء مصالحه[1].

بينما يرى البعض من الشراح، أن هذا الشرط غير لازم لاعتبار المرض مرض موت، بل يكفي أن يكون المرض من الأمراض التي تسبب الموت عادة، كالسرطان أو الذبحة الصدرية... إلى أخيره، وبشرط أن يعلم المريض بذلك، لأن المهم هو، ما يبعثه المرض في نفس المريض من شعور بقروب الأجل، فيحمل المريض على إبرام تصرفات ما كان يبرمها لو لم يشعر بذلك[2].

وقد عرفت المادة 1595 من مجلة الأحكام العدلية مرض الموت: « بأنه المرض الذي يعجز المريض فيه عن رؤية مصالحه الخارجة عن داره إن كان من الذكور ويعجز عن رؤية المصالح الداخلة في داره إن كان من الإناث والذي يكون فيه خوف الموت فالأكثر ويموت وهو على ذلك الحال قبل مرور سنة سواء كان ملازما الفراش أو لم يكن وإذا امتد مرضه وكان دائما على حال واحد ومضى عليه سنة يكون في حكم الصحيح وتكون تصرفاته كالتصرفات الصحيح ما لم يشتد مرضه وتغير حاله وتوفي قبل سنة فيعتبر مرضه اعتبارا من وقت التغيير إلى الوفاة مرض الموت ».

إنّ الموت سبب للخلافة العامة، ومنه، فالمرض المؤدي إلى الموت هو سبب لتعلق حق الورثة والدائنين بمحل التصرف، وبذلك فإن ولاية المريض على محل التصرف تكون متخلفة[3].

---

1 – عبد الرزاق للسنهوري، الوسيط، ج 4، المرجع السابق، ص314.

2 – سليمان مرقس، عقد البيع، ج 3، المرجع السابق، ص554؛ محمود رضا الخضيري، المرجع السابق، ص234؛ رشاد السيد ابراهيم عامر، المرجع السابق، ص33.

3 – نص المادة 393 من مجلة الأحكام العدلية، المادة 360 من مرشد الحيران، المادة 544ف/1 من التقنين المدني الأردني، المادة 598 من قانون المعاملات المدنية الإماراتي والمادة 225 من التقنين المدني السوداني؛ المادة 1109 ف1 من التقنين المدني العراقي تقضي بما يلي: « كل تصرف ناقل للملكية من شخص في مرض الموت مقصود به التبرع أو المحاباة يعتبر كله أو بقدر ما فيه من محاباة تصرفا مضافا على ما بعد الموت، وتسري عليه أحكام الوصية »؛ أما تقنين الموجبات والعقود اللبناني لم يورد فيه نصوص مقابلة للقانون المدني الجزائري وإنما ورد نصا في المادة 516 يحرم على الطبيب قبول هبة من مريض مرض الموت ليس من=

وقد اعتبر الفقهاء المسلمون أن المريض مرض الموت لا يملك الأهلية التامة، بل يعد محجورا جزئيا عن بعض التصرفات الضارة بورثته ودائنيه، التي نستعرضها في الفرع الثاني.

وقد عرفه المشرع الاردني في المادة 543 بما يلي: « 1- المرض الذي يعجز فيه الانسان عن متابعة اعماله المعتادة، ويغلب فيها الهلاك، ويموت على تلك الحال قبل مرور سنة، فان امتد مرضه وهو على حالة واحدة دون ازدياد – سنة أو اكثر تكون تصرفاته كتصرفات الصحيح.

2- يعتبر في حكم مرض الموت الحالات التي تحيط بالانسان فيها خطر الموت ويغلب في امثالها الهلاك ولو لم يكن مريضا ».

أما القانون المدني الجزائري والقانون المدني المصري، قد تجنبا تعريف مرض الموت، جاعلا ذلك من مهام الفقه والقضاء، اما بالنسبة لاحكام تصرفات المريض مرض الموت فقد كان القانون واضحا فيها.

الفرع الثاني

أحكام البيع في مرض الموت[1]

إنّ للبيع في مرض الموت فروض مختلفة، إما أن يكون لأحد الورثة أو لأجنبي، وإما أن يكون بثمن لا يقل عن قيمة المبيع، أو بثمن يقل بما لا يجاوز ثلث التركة أو بما يجاوز

=أقرباء الطبيب على غرار المادة 909 من التقنين المدني الفرنسي التي تقضي ببطلان التصرفات الحاصلة في مرض الموت للأطباء والصيادلة ورجال الدين.

أحمد فراج حسين، المرجع السابق، ص239 جاء فيها: « جعل الشارع المرض سببا في تعلق حق الدائن والوارث بمال المريض أثناء المرض وبالتالي حجر على تصرفه في أمواله في كل ما يتعلق بحق الدائن والوارث حفاظا لحقوقهما، فجعل تصرفه موقوفا على إجازتهما »؛ جهاد عيسى الأشقر، المرجع السابق، ص229 وما بعدها؛ خليفة السيسني، المرجع السابق، ص96.

محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص48.

1 – ياسين محمد الجبوري، المرجع السابق، ص260؛ عبد السلام أحمد فيغو، المرجع السابق، ص255؛ جهاد عيسى الأشقر، المرجع السابق، ص229 وما بعدها؛ عزت كامل، المرجع السابق، ص55؛ طاهر خليفة السيسني، المرجع السابق، ص95؛ محمد يوسف الزعبي، المرجع السابق، ص507.

هذا الثلث، أو بغير ثمن أصلا والتركة مستغرقة بالديون؛ فسنتعرض لهذه الفروض كل على حدة، مع تبيان أحكمها.

أولا – البيع بما لا يقل عن القيمة:

إنّ الإمام أبو حنيفة النعمان يعتبر بيع المريض مرض الموت شيئا من أمواله لأحد الورثة بمثل القيمة أو بغبن يسير، بيع صحيح موقوف على إجازة الورثة، على أساس أن حق الورثة يتعلق بمالية التركة وأعيانها، بينما الصحابة (محمد وأبو يوسف) يرون أن البيع في الظروف نفسها لوارث إذا كان بمثل القيمة يكون نافذا، وليس للورثة الاعتراض على البيع، لسبب أن حقوقهم تتعلق بمالية التركة وليس بأعيانها[1].

أما إذا تم البيع لأجنبي مقابل دفع قيمة المبيع، فإن الأحناف يقولون بصحة البيع ونفاذه دون حاجة إلى إجازة الورثة، وهو رأي كل من المالكية والحنابلة[2].

وإن سبب الخلاف، هو أن جمهور الفقهاء يرون أن حق الورثة متعلق بمالية التركة واعيانها، فلا يشترط اذنهم، وقالوا بنفاذ هذا التصرف طالما كانت القيمة لا تنقص بالبيع لوارث بثمن المثل. بينما يرى أبو حنيفة ومن معه، أن حق الورثة متعلق باعيان التركة فلا ينفذ البيع لوارث بثمن المثل لتعلق حق بقية الورثة بالعين المبيعة. فلا بد من إذن الورثة، فإن اجازوه نفذ البيع في الجميع واذا رفضوه بطل في الجميع، أو معاوضة المريض لوارثه بثمن المثل[3].

---

1 – محمد أبو زهرة، نظرية العقد، المرجع السابق، ص360 و361؛ محمد سلام مدكور، المرجع السابق، ص463.

2 – نص المادة 393 من مجلة الأحكام العدلية؛ المادة 360 من مرشد الحيران، المادة 544 ف1 من التقنين المدني الأردني، المادة 598 من قانون المعاملات المدنية الإماراتي والمادة 225 من التقنين المدني السوداني؛ جهاد عيسى الأشقر، المرجع السابق، ص ص238 – 239.

3 – محمود عبد الغفار محمد يوسف، تصرفات المريض مرض الموت: دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، رسالة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مصر، 1993، ص 220؛ أنور محمود دبور، النظرية العامة لتاثير مرض الموت في العقود في الفقه الاسلامي والقانون المدني المصري، دار الثقافة العربية، القاهرة، 2006، ص69؛ عبد السلام أحمد فيغو، المرجع السابق، ص255.

إن عبء إثبات البيع، بأنه تم في مرض الموت، يقع على من يدعيه سواء كان وارثا أو غير وارث. فإذا اثبت المتصرف له، أي المشتري مثلا أنه دفع ثمنا للمبيع لا يقل عن قيمته أو كان بغبن يسير، كان البيع صحيحا نافذا في حق الورثة دون حاجة إلى إجازتهم إذا كان البيع لأجنبي[1].

أما إذا كان البيع لأحد الورثة، كان موقوفا على إجازتهم بعد موت المريض مرض الموت، لأن حق الورثة متعلق بأعيان التركة، فإن أجازه الجميع نفذ مستندا إلى وقت انعقاده وإن رفضوه بطل واعتبر كأن لم يكن، وإن أجازها البعض ورفضها البعض الأخر نفذ بحصة من أجاز وبطل بحصة من لم يجزه[2]، وهو ما قضت به المادة 544ف/1 من التقنين المدني الأردني.

غير، أن القانون المدني المصري جعل البيع في نفس الظروف نافذا، وهو ما قضت به المادة 916: « كل عمل قانوني يصدر من شخص في مرض الموت، ويكون مقصودا به التبرع، يعتبر تصرفا مضافا الى ما بعد الموت وتسري عليه احكام الوصية ايا كانت التسمية التي تعطى لهذا التصرف ». ان المشرع المصري اعتبر بيع المريض لوارثه أو لاجنبي منه، نافذا إذا كان بثمن المثل أو مع محاباة لا تتجاوز ثلث التركة، اما إذا كانت المحاباة باكثر من الثلث فلا يسري البيع في قدر هذه الزيادة على الثلث في المبيع في حق الورثة، الا إذا اقروه أو رد المشتري الى التركة ما بقي لتكملة الثلثين، وتقدر قيمة المبيع لمعرفة مقدار الثمن بوقت الموت لا وقت البيع. فهو لم يفرق بين الوارث والأجنبي[3].

إنّ تقدير قيمة المبيع بمناسبة الثمن يكون وقت الموت وليس وقت البيع، لأنه الوقت

1 – المادة 554 ف 2 مدني أردني تنص على: « 1 – بيع المريض شيء من ماله لأحد ورثته لا ينفذ ما لم يجزه باقي الورثة بعد موت المورث 2 – بيع المريض لأجنبي بثمن المثل أو بغبن يسير نافذ لا يتوقف على إجازة الورثة ».

2 – وهو قول أبي حنيفة؛ بينما قانون المعاملات المدنية الإماراتي طبقا المادتان 598 و599 يجعل البيع نافذا إذا كان بثمن المثل أو بغبن يسير.

3 – أنور العمروسي، العقود الواردة على الملكية في القانون المدني (البيع، المقايضة، الهبة، الشركة، القرض والدخل الدائم، الصلح)، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2002، ص ص288–289.

الذي يتحدد فيه الورثة، أما قبل الموت فلا يعرف الورثة على وجه التحديد. كما، أن المراد بالوارث هو من يكون وارثا وقت موت المورث ولو لم يكن وارثا وقت البيع[1].

ثانيا – البيع بأقل من القيمة بما لا يجاوز أو يجاوز ثلث التركة:

نعرض في نقطة اولى الى البيع بما لا يجاوز ثلث التركة، وفي نقطة ثانية الى البيع باقل القيمة بما يجاوز ثلث التركة.

1- البيع بأقل من القيمة بما لا يجاوز ثلث التركة

إذا قام المريض مرض الموت بالبيع بثمن يقل عن قيمة المبيع لا يتجاوز مقداره ثلث التركة وقت الموت داخلا في ذلك قيمة المبيع، فيكون البيع نافذا غير موقوف على إجازة الورثة، كما لو باع المريض منزلا لا يملك سواه بستة آلاف دينار وإذ في الحقيقة يساوي ثمنه تسعة آلاف دينار، فالمحاباة كانت ثلاثة آلاف دينار أي ثلث التركة، ولما لم تتجاوز المحاباة الثلث، فيكون البيع نافذا غير موقوف[2].

2- البيع بأقل من القيمة بما يجاوز ثلث التركة

إن القول الراجح في مذهب الحنفية، ان حرية الشخص في الايصاء مقيدة من حيث المتصرف له وقيمة المتصرف اليه، فاذا كان الايصاء لوارث فلا يجوز مهما كان قيمة المتصرف فيه، لانه لا وصية لوارث؛ اما إذا كان الايصاء لغير وارث فلا يجوز ان تجاوز القدر الموصى به ثلث التركة داخلا في ذلك المتصرف فيه[3]. فإذا ثبت أن مبلغ الثمن هو أقل من قيمة المبيع وقت الموت بما يجاوز ثلث قيمة التركة، فان نفاذ البيع يتوقف على إجازة الورثة لتعلق حقهم في مالية التركة، وهو حكم الوصية باعتبار أن المقدار المحابي به

1 – عبد السلام فيغو، المرجع السابق، ص270؛ يوسف الزغبي، المرجع السابق، ص508.

2 – المادة 545 ف1 من التقنين المدني الأردني تقضي: « بيع المريض من أجنبي بثمن يقل عن قيمة المبيع وقت الموت نافذ في حق الورثة إذا كانت زيادة قيمة المبيع على الثمن لا تتجاوز ثلث التركة داخلا فيها المبيع ذاته » والمادة 595 ف1 من القانون المدني الإماراتي.

3 – جاء في جامع الفصولين (لابن قاضي،ج2، المرجع السابق، ص245) ما يلي: « ولو كان هذا البيع من المريض مع الوارث لم يجز عند أبي حنيفة رحمه الله اصلا الا برضا ورثته ولو بمثل قيمته، وعندهما – أي الصاحبين – يجوز، ويخير بين فسخ واتمام لو فيه غبن أو محاباة... وكذا وارث صحيح باع من مورثه المريض فهو على هذا الخلاف، عند أبي حنيفة رحمه الله لم يجز ولو بقيمته، وعندهما يجز ».

يعتبر في حكم الوصية. فإذا أجاز الورثة البيع نفذ ولا يلزم المشتري بأداء ما زاد على مثل القيمة، وإن لم يجزوه كان للمشتري أن يكمل ثلثي قيمة المبيع حتى يتوقى الإبطال وتقدر قيمة التركة داخلا فيها قيمة المبيع ذاته[1].

اما إذا كانت الوصية لأجنبي، فلا يجوز أن يتجاوز القدر الموصى به ثلث التركة داخلا فيها المحل المتصرف فيه، بينما الوصية للوارث فهو لا يجوز لأنه لا وصية لوارث[2]، غير أنه إذا أوصى له بما يزيد على ثلث التركة توقف تصرفه على باقية الورثة إذا كان لوارث ولجميع الورثة إذا كانت الوصية لأجنبي. فإن أجازه الورثة نفذ وإن رفضوه بطل، وإن أجازه البعض ورده البعض الآخر نفذ في حصة من أجازه ورد في حصة من لم يجزه، مع إعمال المبدأ الشرعي القائل « لا تركة إلا بعد سداد الديون»[3].

إن القوانين العربية اعتبرت في مجملها تصرف المريض المالي كالبيع بالمحاباة والهبة، في حكم الوصية، اي موقوفة على إجازة الورثة في الزائد عن الثلث إذا لم يكن مدينا، أما إذا كان مدينا بدين مستغرق فإن تصرفه يكون موقوفا على إجازة الدائنين، وإن كان الدين غير مستغرق لجميع التركة وكان التصرف مع وارث، فانه يأخذ حكم الوصية، فينفذ من الثلث بعد وفاء الديون ويتوقف على إجازة الورثة فيما يزيد على الثلث[4].

---

1 – المادة 545 فـ2 من التقنين المدني الأردني وتطابق المادة 595فـ1 من قانون المعاملات الإماراتي؛ عبد السلام أحمد فيغو، المرجع السابق، ص270؛ صلاح الدين محمد شوشاري، المرجع السابق، ص112؛ محمود يوسف الزعبي، المرجع السابق، ص512.

2 – هذا نص حديث نبوي شريف ورد بألفاظ متعددة، فقد ورد عن عمر بن خارجه وعن أبي إمامه بهذا اللفظ، وصححه الترمذى وورد عن بن عباس بلفظ آخر لا تجوز الوصية إلا إن شاء الورثة، وورد عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده بلفظ أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: « **لا وصية لوارث إلا أن يجيزه الورثة** » رواه دار قطني، نيل الأوطار الشوكاني، ج 7، ص129. نقلا عن: عيسى عبد القادر المومني، المرجع السابق، ص238.

3 – حاشية ابن عابدين على الدر المختار، ج 6، المرجع السابق، ص695؛ البدائع للكاساني، ج 7، المرجع السابق، ص ص237–238.

4 – عبد السلام فيغو، المرجع السابق، ص268؛ محمد يوسف الزغبي، المرجع السابق، ص515؛ صلاح الدين شوشاري، المرجع السابق، ص113؛ عزت كامل، المرجع السابق، ص57.

ثالثا – التصرف بغير ثمن أصلا:

إذا عجز المشتري عن إثبات أنه دفع ثمنا ما للمريض، فإن تصرفه يعتبر هبة بغير ثمن ويسري عليها حكم الوصية، لأنها وقعت في مرض الموت، وسواء كانت لوارث أو لأجنبي فينفذ في حق الورثة في حدود ثلث التركة دون حاجة إلى إجازة الورثة؛ بينما يتوقف فيما جاوز هذا القدر على إجازتهم[1].

وهو ما تناولته المادة 776 مدني جزائري، المطابقة للمادة 916 مدني مصري، التي تنص على: « كل تصرف قانوني يصدر عن شخص في حال مرض الموت بقصد التبرع، يعتبر تبرعا مضافا إلى ما بعد الموت، وتسري عليه أحكام الوصية أيا كانت التسمية التي تعطى إلى هذا التصرف ».

ويستفاد من نص هذه المادة أن المشرع أعطى حكم الوصية لكل عمل قانوني يصدر في مرض الموت كالبيع والهبة والإقرار والإبراء وغيرها من التصرفات التي يقصد بها التبرع. ومؤدى هذا النص، هو أن تبرعات المريض مرض الموت تأخذ حكم الوصية فيما يتعلق بعدم نفاذها في حق الورثة فيما زاد ثلث التركة إذا كانت لغير وارث بعد سداد الديون.

أما إذا كانت لوارث فإنها تتوقف كلها على إقرار الورثة، طبقا للمادة 189 من قانون الأسرة الجزائري التي تنص على: « ***لا وصية لوارث إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصي*** »، وعلى الورثة عبء الإثبات، بأن مورثهم قد أنتابه مرض يغلب فيه الهلاك وأن هذا المرض أدى به إلى الموت، وأن يثبتوا تاريخ بدء المرض، ويكون الإثبات بكافة وسائل الإثبات باعتبارها وقائع مادية، بما فيها البينة والقرائن وشهادة الشهود. ولا يحتج على الورثة بتاريخ التصرف، إلا إذا كان ثابتا لأنهم يعتبرون من الغير بالنسبة له، وإنما يجوز للمتصرف له أن يثبت أن التصرف رغم صدوره في مرض الموت فكان بمقابل، ولذلك كان القدر المحابي به هو الذي يأخذ حكم الوصية كما في بيع المريض.

فإذا اثبت الورثة أن التصرف صدر في مرض الموت فاعتبره المشرع قرينة على أن التصرف تم على سبيل التبرع، وأعفى الورثة من عبء إثبات تبرعية التصرف، وهو ما

1 – رشاد السيد إبراهيم عامر، ص84؛ محمد زكي عبد البر، العقد الموقوف، المرجع السابق، ص33؛ عزت كامل، المرجع السابق، ص59.

جاء في نص المادة 776ف/3 مدني جزائري[1]. فإذا لم يكن للبائع ورثة وقع البيع صحيحا ونافذا دون حاجة إلى إقرار احد، بينما لو كان له ورثة، فعليهم يقع عبء إثبات بان التصرف صدر من مورثهم وهو في مرض الموت، ولهم إثبات ذلك بكافة طرق الإثبات[2].

وعلى المشتري حتى ينقض هذه القرينة أن يثبت أن البيع رغم صدوره في مرض الموت كان بمقابل وأنه دفع ثمنا للمبيع لا يقل عن قيمته[3].

رابعا – بيع المريض لغير وارث والتركة مستغرقة بالديون:

فإذا كانت التركة مستغرقة بالديون، أي التي زادت عن أموالها أو ساوته، توقف نفاذ البيع على إجازة الدائنين لتعلق حقهم بمالية التركة، لأنهم أصحاب الحق الأول في التركة، ولأن قضاء الديون مقدم على حقوق الورثة، سواء كان البيع لوارث أو لأجنبي هذا إذا كانت فيه محاباة، فإذ اجزوه بعد الموت نفذ، وإلا يلزم المشتري بأداء الفرق عن بدل المثل وإن لم يجزوه، فحتى يتوقى الإبطال من طرف الدائنين عليه أن يكمل النقص عن القيمة المثل.

أما إذا لم تكن في البيع محاباة، كأن باعه بثمن المثل أو باعه بأكثر كان البيع نافذا[4]،

---

1 – وهي تقابل نص المادة 916 ف3 من التقنين المدني المصري.

2 – وسائل الإثبات في القانون المدني الجزائري: (الكتابة المواد 323 وما يليها، الشهود المادة 333 وما يليها، القرائن المادة 337 وما يليها، الإقرار المادة 341 وما يليها اليمين المادة 343 وما يليها).

3 – عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج 4، المرجع السابق، ص333؛ محمود عبد الغفار، المرجع السابق، ص208 جاء فيها: « ولا يجوز للمشتري التمسك بإقرار المريض (البائع) بقبضه الثمن لأنه لا يعتبر إقرارا صحيحا لصدوره من مريض في مرض موته فلا يعتد به ولا يجوز الاستناد إليه لإثبات دفع الثمن بل يجب على المشتري إثبات ذلك بأدلة أخرى غير الكتابة الواردة بالعقد لأن الشبهة قائمة في أن البائع والمشتري متواطئان على تصوير أن هناك ثمنا دفع ».

4 – المادة 546 من التقنين المدني الأردني تنص على: « لا ينفذ بيع المريض للأجنبي بأقل من قيمة مثله ولو بغبن يسير في حق الدائنين إذا كانت التركة مستغرقة بالديون وللمشتري دفع ثمن المثل وإلا جاز للدائنين فسخ البيع »؛

والمادة 547 ف1 ممن التقنين المدني الأردني تنص على: « لا يجوز فسخ بيع المريض إذا تصرف المشتري في البيع تصرفا اكسب من كان حسن النية حقل في عين المبيع لقاء عوض 2 – وفي هذه الحالة يجوز لدائني التركة المستغرقة بالديون الرجوع على المشتري من المريض بالفرق بين الثمن وقيمة المبيع وللورثة هذا الحق أن كان المشتري أحدهم، وأن كلن أجنبيا وجب عليه رد ما يكمل ثلثي قيمة المبيع للتركة ».

فإنه لا يجوز للدائنين أن يعترضوا على البيع لأن حقهم يتعلق بمالية التركة وليس بأعيانها[1].

أما إذا كانت التركة غير مستغرقة بالديون وكان البيع لوارث، فانه يكون موقوف على إجازة بقية الورثة بعد إخراج مقدار الديون من التركة، وإذا كان البيع لأجنبي فإن مقدار الدين يخرج من التركة[2]. وهو ما تناوله المشرع الأردني في المادة 546 من التقنين المدني والمشرع الإماراتي في المادة 600 والمشرع السوداني في المادة 225 ف5.

إنّ القاعدة الشرعية تقول « **لا تركة إلا بعد سداد الديون** » وعليه، كل تصرف إذا وقع في مرض الموت يعتبر تبرعا ويأخذ حكم الوصية، وكذلك البيع بالغبن فمقدار الغبن يعتبر أيضا تبرعا تطبق عليه أحكام الوصية، فإذا كانت التركة مستغرقة بالديون فلا ينفذ التصرف إلا إذا أجازه الدائنون.

بينما المشرع الأردني عالج هذه الحالة بنصه في المادة 147 على ما يلي: « إذا أصاب الغبن ولو يسيرا مال المحجور عليه للدين أو المريض مرض الموت وكان دينهما مستغرقا لمالها كان العقد موقوفا على رفع الغبن أو إجازته من الدائنين وإلا بطل »[3].

– حماية الغير حسن النية الذي تعامل مع المشتري

تنص المادة 409 من القانون المدني الجزائري المقابلة للمادة 478 مدني مصري بما يلي: « لا تسري أحكام المادة 408 على الغير حسن النية إذا كان الغير قد كسب بعوض حقا عينيا على الشيء المبيع ».

يستفاد من نص المادة، أن المشرع يحمي الغير حسن النية الذي يتعامل مع المشتري إذا كان يجهل العيب الذي لحق سند سلفه، فاذا كان المشتري من المريض مرض الموت قد باع العين

1 – مصطفى شلبي، المدخل، المرجع السابق، ص515؛ رشاد السيد إبراهيم عامر، المرجع السابق، ص85.

2 – عبد السلام أحمد فيغو، المرجع السابق، ص270؛ صلاح الدين محمد شوشاري، المرجع السابق، ص112؛ محمود يوسف الزعبي، المرجع السابق، ص512.

3 – عيسى عبد القادر المومني، المرجع السابق، ص243، هامش1 ورد فيها: « ويرى بعض الفقهاء أن المادة 147 ما هي إلا تطبيق للقواعد العامة حيث يمكن الاستغناء عنها على أساس القاعدة التي تقول (لا تركة إلا بعد سداد الديون) والمقررأن كل تصرف فيه تبرع إذا وقع في مرض الموت يأخذ حكم الوصية والبيع بالغبن ينطبق عليه ذلك، فمقدار الغبن يعتبر تبرعا يأخذ حكم الوصية ولما كانت التركة مستغرقة بالديون فلا ينفذ التصرف إلا إذا أجازه الدائنون ».

أو رهنها، فلن يترتب على عدم اقرار الورثة فسخ عقد المشتري الثاني حسن النية أو سقوط الرهن، بل يعود الجزء الواقع فيه المحاباة الى الورثة محملا بالرهن[1].

لكنه، قد تمضي فترة طويلة بين صدور البيع في مرض الموت وبين وفاة المتصرف وظهور عدم نفاذ البيع في حق الورثة فيما يجاوز ثلث التركة، فقد يحدث أن يتصرف المشتري إلى آخر أو يرتب له حقا عينيا على المبيع فيفاجئ الغير باستعمال الورثة بعد وفاة المريض مرض الموت حقهم في استرداد القدر المحابى به الذي يجاوز ثلث التركة من المشتري، وهم لهم هذا الحق طبقا للقواعد العامة.

غير أن المشرع رفع هذا الضرر عن الغير وحماه من استرداد الورثة للمبيع في القدر الزائد عن ثلث التركة إذا توفر شرطين وهما:

1 – أن يكون الغير حسن النية، أي يجهل العيب اللاحق بسند سلفه وقت تعامله. أما إذا كان المشتري الثاني سيء النية كأن يعلمه الورثة قبل أن يقدم على الشراء بعدم إجازتهم لتصرف مورثهم في مرض موته، فانه يرد القدر الزائد عن ثلث التركة الى الورثة.

2 – أن يكون الغير قد كسب حقه على المبيع بعوض، فإن كان قد تلقاه عن طريق التبرع لم ينطبق حكم النص، فجاز للورثة حق تتبع العين في يد المتبرع له، وذلك ما لم تكن العين منقولا وقد حازه المتبرع له بحسن النية.

فاذا تخلف الشرطان، فلا يجوز للورثة المساس بالحق العيني الذي كسبه المشتري الثاني على العين المبيعة، ولا يبقى أمام الورثة إلا الرجوع بحقهم على من تصرف له المريض[2].

ولكي يستفيد الغير الحماية القانونية، يجب أن يكون قد كسب الحق فعلا حتى يحتج به على الغير؛ أما إذا كان المبيع عقارا وكان الحق عينيا أصليا: يجب أن يكون التصرف الذي

---

1 – المقابلة للمادة 378 مدني سوري؛ خميس خضر، المرجع السابق، ص264؛ عزت كامل، المرجع السابق، ص ص63–64؛ عبد السلام فيغو، المرجع اليابق، ص272.

2 – عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج 4، المرجع السابق، ص334؛ محمود عبد الغفار، المرجع السابق، ص213؛ محمد كامل مرسى، "تصرفات المريض مرض الموت"، مجلة القانون والاقتصاد، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، السنة 18، العدد 3، ص314.

يبرمه المشتري قد تم شهره وفقا قانون الشهر العقاري، أما إذا كان الحق عينيا تبعيا: كالرهن مثلا وجب قيده للاحتجاج بها على الغير[1].

– البيع في مرض الموت في القانون الفرنسي

إن التقنين المدني الفرنسي لا يحتوي على نصوص تتعلق بأحكام تصرفات المريض مرض الموت، غير أن القضاء في فرنسا جرى على بطلان البيوع الصادرة في وقت الفرغرة في ثلاث حالات:

الحالة الأولى: إذا توفي البائع بيوم واحد بعد البيع

الحالة الثانية: إذا توفي البائع بعشرة أيام بعد البيع

الحالة الثالثة: قد يقع البيع والمريض مشرف على الموت نتيجة مرض خطير مات منه في الأمسية نفسها، وكان لا يسمع من المريض سوى همهمات بشفاه.

ملاحظات على القانون الجزائري

تناولت المادة 408 من التقنين المدني حالة بيع المريض مرض الموت إلى الوارث وإلى غير الوارث بالنصي على: « إذا باع المريض مرض الموت لوارث، فإن البيع لا يكون ناجزا إلا إذا أقره باقي الورثة.

أما إذا تم البيع للغير في الظروف نفسها فإنه يعتبر غير مصادق عليه، ومن أجل ذلك يكون قابلا للإبطال ».

النص بالصياغة الفرنسية:

la vente consentie par un malade, dans la période aigue de la maladie qui a entrainé sa mort à un de ses héritiers n’est valable que si elle est ratifiée par les autres héritiers

يبدو أن صياغة النص باللغة العربية لا يطابق ما جاء في صياغتها باللغة الفرنسية، ونبين ذلك فيما يلي:

من حيث الشروط: جاء في الصياغة الفرنسية شرط، وهو أن يتم البيع في حالة اشتداد

1 – خميس خضر، المرجع السابق، ص340؛ عبد السلام فيغو، المرجع السابق، ص272؛ محمد يوسف الزعبي، المرجع السابق، ص514.

المرض dans la période aigue، بينما في النص العربي لم يرد هذا الشرط. مع العلم أن فقهاء الشريعة الإسلامية لم يوردوا مثل هذا الشرط، وإن اختلفوا في المدة التي يعتبر تصرف المريض مرض الموت خلالها صادرا في مرض الموت، إذ أن بعض الفقهاء حددها بسنة، بينما البعض الأخر لم يشترط أي تحديد[1].

من حيث الجزاء المترتب على التصرف: فالصياغة العربية للنص تقول « تعتبر التصرف غير مصادق عليه ومن أجل ذلك يكون قابلا للإبطال »، بينما الصياغة الفرنسية تقول: « يفترض أنه تم بدون رضاء صحيح ».

est présume avoir été faite sans consentement valuable

هناك اختلاف بين الصياغتين في أساس الجزاء، ففي حين جعل النص العربي أساس القابلية للإبطال البيع غير المصادق عليه، مع أن القانون المدني لم يعرف مصطلح المصادقة ومن الذي يملكها؟ نجد أن النص الفرنسي جعل أساس القابلية للإبطال الانعقاد بدون رضاء صحيح.

فما هو العيب الذي أصاب الرضا حتى أصبح غير صحيح؟ ولم يقل احد من فقهاء الشريعة الإسلامية أن الإرادة مشوبة بعيب في الإرادة[2].

مع العلم أن عيوب الإرادة المعروفة في القواعد العامة هي الغلط والتدليس والإكراه والاستغلال وأضيف إليها نقص الأهلية الذي يجعل العقد قابلا للإبطال.

ويثور السؤال هل أن المشرع الجزائري أخذ بازدواجية حكم بيع المريض مرض الموت؟

فإن كان البيع لوارث كان موقوفا على إجازة الورثة وإن كان لأجنبي يكون قابلا للإبطال. فهو نص غير سديد يكون محل نظر.

---

1 – محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد، المرجع السابق، ص299؛ علي علي سليمان، المرجع السابق، ص ص128 –129.

2 – وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج 4، المرجع السابق، ص333؛ أحمد فراج حسين، المرجع السابق، ص238.

غير، انّ المشرع المصري لم يقع في هذا التناقض في الحكم، وكان موفقا إلى حد كبير من حيث الصياغة على عكس المشرع الجزائري، إذ جعل حكم البيع في مرض الموت قابلا للإبطال خروجا على مسلك الفقه الإسلامي. حيث نصت المادة 477 مدني مصري على: « إذا باع المريض مرض الموت لوارث أو لغير وارث بثمن يقل عن قيمة المبيع وقت الموت فإن البيع يسري في حق الورثة إذا كانت زيادة قيمة المبيع على الثمن لا تجاوز ثلث التركة داخلا فيها المبيع ذاته.

أما إذا كانت هذه الزيادة تجاوز ثلث التركة فإن البيع فما يجاوز الثلث لا يسري في حق الورثة إلا إذا اقروه أو رد المشتري للتركة ما يفي بتكملة الثلثين.

ويسري على بيع المريض مرض الموت أحكام المادة 916 مدني ».

الرأي الراجـــح

إذا كان المشرع المصري وفق من حيث صياغة النص في حكم بيع المريض مرض الموت، إلا انه في رأينا، لم يوفق لما أستبعد نظام الوقف الذي سلك عليه الفقه الإسلامي في التصرفات والذي يوفر أكثر ضمانات للورثة لتعلق حقهم بمالية التركة، وللغير الذي يكون حسن النية، كما ان القواعد العامة في القابلية للإبطال لا تعالج حالة بيع المريض مرض الموت بصفة فعالة، لذا يكون على المشرع الجزائري، حتى لا يقع في التناقض، أن يأخذ بنظام الوقف نظرا لصعوبة تطبيق القواعد العامة على بيع مريض مرض الموت. فالتصرفات تنعقد موقوفة على الإجازة إذا كان فيها مساس بحقوق الورثة أو بحقوق الدائنين، حيث أنها تؤثر على أموال التركة وأموال المدين بالنقصان كما في بيع المريض لأحد الورثة ولو بثمن المثل أو أكثر منه، أو للأجنبي بنقص يزيد على ثلث التركة وأيضا إذا كان البيع بأقل من ثمن المثل لما تكون التركة مستغرقة بالديون، أما غيرها من التصرفات تكون نافذة غير متوقفة على إجازة أحد. كما أن نفاذ بيع المريض مرض الموت يمكن أن يتم بطريقة أخرى وهي بقيام المشتري من المريض بإكمال النقص، نظرا لانتفاء الحكمة من الإبطال في هذه الحالة[1].

1 – في جامع الفصولين (لابن قاضي، ج 2، المرجع السابق، ص257) ورد ما يلي: « هبة المريض وصدقته وعتقه ووصيته ومحابته في بيع وإيجار وكتابة وعتق على مال لم يجز إلا من ثلثه. ووصيته لوارث وإقراره له بدين ويقبض دينه منه أو من كفله أو من وارث كفل عن أجنبي وإقراره لوارث ومكاتبه ووصيته لم تجز ».

المطلب الثاني

الوصية في مرض الموت

يهتم هذا المطلب ببيان التعريف بمرض الموت، الذي نعرضه في الفقه الإسلامي (الفرع الأول)، ثم بيان تعريفه في القانون (الفرع الثاني).

الفرع الأول

الوصية في مرض الموت في الفقه الإسلامي

إنّ حكم وصية المريض عند جمهور الفقهاء لا يختلف عن حكم وصية الصحيح فهو الحكم نفسه، فاذا كانت لوارث فإنها لا تنفذ في شيء من التركة كثيرا كان أم قليلا إلا بإجازة بقية الورثة، أما إذا كانت لغير وارث فإنها تكون نافذة بدون إذن الورثة إذا كانت في حدود ثلث التركة، فإن زادت عن الثلث نفذت في الثلث وتوقف نفاذ ما زاد عليه على إجازة الورثة[1].

ووصية المريض قد تكون لوارث أو لغير وارث بثلث ماله أو أكثر، وما زاد على الثلث إما أن يجيزه الورثة أو لا. وسنبحث وصية المريض في نقطتين: الأولى منها لغير وارث والثانية لوارث.

أولا – وصية المريض للغير الوارث:

إنّ جمهور الفقهاء متفق على أن الوصية بالثلث أو أقل، جائزة لمن ليس عليه دين، لأن حق الموصى يتصرف فيه حيث أراد خارج ورثته. واستدلوا على ذلك بما روي عن سعد بن أبى وقاص انه كان مريضا فجاءه رسول الله صلى اله عليه وسلم، فقال يا رسول الله أوصى

1 – الحديث متفق عليه فأخرجه أبو داود في سننه في كتاب الوصايا برقم 2864؛ ج 3، ص112، حيث قال: « مرضت مرضا أشفيت منه، فأتاني رسول الله صلى الله عليه وسلم فقلت يا رسول الله: إن لي مالا كثير، وليس يرثني إلا ابنتي، فأتصدق بثلثي مالي؟ قال: "لا"، قلت فالشطر ؟ قال "لا"، قلت فالثلث؟ قال: الثلث والثلث كثير، إنك إن تترك ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس » نقلا عن: محمد بن اسماعيل الغشم، المرجع السابق، ص100.

بجميع مالي؟ قال: لا: فالشطر؟ قال: لا فالثلث؟ قال: **الثلث والثلث كثير. إنك أن تذر ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس**[1].

لكن اختلفت الآراء الفقهية في موضوع الوصية إذا زادت على حدود الثلث التركة، ولذلك انقسموا بشأنها إلى ثلاث اتجاهات:

الاتجاه الأول: الرأي القائل بالابطال

يرى الفقه المالكي في إحدى روايتهم والفقه الشافعي والحنبلي والظاهرية، أن الوصية لأجنبي تكون باطلة إذا زاد مقدارها عن ثلث التركة، وأوجه استدلالهم بالحديث المروى عن سعد بن أبي وقاس. والدليل عن ذلك، أن النبي نهى سعدا عن الوصية بما زاد على الثلث، والنهي يقتضي الفساد. وإذا أجاز الورثة ما زاد عن الثلث أعتبر تبرعا منهم وليس إجازة، فيشترط فيها قبول الموصى له، وأن يكون المجيز من أهل التبرع[2].

الاتجاه الثاني: الرأي القائل بالوقف

جنح إلى هذا الرأي، كل من الحنفية[3] وبعض المالكية[4] ،وهو أن الوصية لأجنبي فيما زاد عن ثلث التركة تقع صحيحة موقوفة على إجازة الورثة.

ووجه استدلالهم، أن وقف نفاذ الوصية في القدر الزائد عن الثلث إنما هو حق للورثة، فإن وافقوا عليه بالإقرار نفذ، والحق في الإجازة يثبت لهم عند الموت وليس حال حياة الموصي لأن ذلك يكون قبل ثبوت الحق[5]. وفي حالة إقرار بعض الورثة الوصية الزائدة

---

1 – في الفقه المالكي: شرح الخرشي على مختص خليل، ج 8، المرجع السابق، ص206 ورد فيها: « تبطل الوصية لغير وارث بما زاد على الثلث يوم التنفيذ ولا يعتبر يوم الموت ».

في الفقه الشافعي: نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، ج 6، ص53 ورد فيها: « الوصية لغير الوارث فيما زاد على الثلث تبطل لحديث سعد بن أبي وقاس... ».

2 – عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق، ص344؛ محمود عبد الغفار، المرجع السابق، ص274.

3 – الكاساني، بدائع الصنائع، ج 7، المرجع السابق، ص369.

4 – حاشية الدسوقي على شرح الكبير، ج 4، المرجع السابق، ص389 جاء فيها: « الوصية انما تكون في الثلث لا في زائد عليه وللوارث إجازة الوصية للوارث وبزائد الثلث وله ردها ».

5 – تكملة فتح القدير، ج 8، المرجع السابق، ص ص421– 423.

عن الثلث وردها من البعض الآخر، فتنفذ في حق المقر فقط وتبطل في حق من ردها[1].

وثمرة هذا الخلاف تظهر فيما لو أجاز الورثة الزيادة على الثلث، فعند الأحناف ومن معهم تعتبر الإجازة إمضاء لما أوصى به الموصى، أما عند المالكية ومن معهم فتعتبر الإجازة هبة مبتدأة من الورثة، فيشترط فيها ما يشترط في الهبة[2].

أن ما ذهب إليه الأحناف ومن معهم، إلى القول بنفاذ الوصية بجميع المال إذا لم يكن له وارث وليس عليه دين، دون حاجة إلى إجازة احد، أما إذا زادت الوصية على الثلث وكان له وارثا فإنها لا تنفذ في الزيادة إلا بإجازة الورثة الذين أجازوها وان يكونوا من أهل التبرع[3].

يخلص، مما سبق، أن القول بوقف الوصية لأجنبي فيما زاد عن ثلث التركة هو الرأي الصائب والجدير بالأخذ، ذلك، لأن التصرف يكون من أهله في محله، والقول بالوقف إلى حين ورود الإجازة يهدف إلى حماية حق الورثة في التركة وأعيانها على عكس، الأخذ ببطلان الوصية الذي يشكل قيدا على حرية الموصي في التصرف في ملكه كيف ما يشاء.

ثانيا – الوصية لوارث:

إنّ الوارث هو المعتبر وقت موت الموصى ولا وقت الوصية، وهو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء.

لقد اختلفت الآراء بشأن الوصية فيما زاد عن الثلث، إذا كانت لوارث. وكان الخلاف يرجع إلى محتوى فهم الحديث النبوي الشريف الذي يقول « **إن الله أعطى لكل ذي حق حقه فلا وصية لوارث** » وانقسموا إثره إلى ثلاثة اتجاهات:

1 – ابن رشد بداية المجتهد، ج 2، المرجع السابق، ص331.

2 – محمود عبد الغفار محمد يوسف، المرجع السابق، ص274.

3 – محمد أبو زهرة، شرح قانون الوصية، دراسة مقارنة لمسائله وبيان لمصادره الفقهية، دار الفكر العربي، 1988، ص ص172 – 173.

الاتجاه الأول: الرأي القائل بالبطلان

ذهب إليه كل من المالكية[1] والحنابلة[2] والشافعية في إحدى القولين عندهم[3] إلى أن الوصية لوارث باطلة سواء أكان للموصى ورثة أم لم يكن، وسواء أجازها باقي الورثة ام لم يجيزوها، وذلك لقول الرسول صلى الله عليه وسلم « **لا وصية لوارث** »، فكان منع الشارع وليس لأحد أن يجيز ما أبطله الله تعالى، وذهبوا إلى أن إجازة بقية الورثة الوصية لوارث تعتبر عطية مبتداه منهم، تسري عليها أحكام الهبة وليس تنفيذا منهم لوصية مورثهم.

ووجه استدلالهم، قول النبي صلى الله عليه وسلم « **لا وصية لوارث** »، وقد نوقش هذا القول بأن الحديث قد ورد في بعض الروايات عن ابن عباس كالآتي « **لا تجوز الوصية لوارث إلا أن يشاء الورثة** ».

وعليه يسقط وجه الاستدلال بالحديث الأول لوجود ما يعارضه.

وقد استدل أيضا بالمعقول، أن الوصية لوارث تثير الحفيظة في نفوس باقي الورثة وإيثار بعضهم عن البعض فيه حيف، وفسروا الحيف بالوصية لوارث بأكثر من الثلث.

فقال الرسول صلى الله عليه وسلم « **الحيف في الوصية من اكبر الكبائر** ».

ونوقش هذا الاستدلال، أن تصرف الموصي تعلق به حق الورثة، وتعلق حق الغير بالتصرف لا يقتضي البطلان وإنما وقف النفاذ على إجازة من تعلق التصرف بحقه[4].

الاتجاه الثاني: الرأي القائل بنفاذ الوصية في حدود الثلث

ذهب إلى هذا الرأي بعض الشيعة الزيدية والأمامية، إلى القول بنفاذ الوصية في حدود

---

1 – الخرشي، شرح الخرشي، ج 7، المرجع السابق، ص181 جاء فيها: « أن الله أعطى كل ذي حق حقه فلا وصية لوارث ».

2 – المغنى لابن قدامة، ج 6، المرجع السابق، ص ص5 – 6 جاء فيها: « إذا اوصى الانسان لوارث بوصية فلم يجزها سائر الورثة لم تصح بغير خلاف بين العلماء... ».

3 – جاء في المهذب (للإمام الشافعي، ج 1، المرجع السابق، ص458) ما يلي: « اختلف قوله في الوصية لوارث فقال في أحد القولين لا تصح لما روى عن جابر عن النبي صلى الله عليه وسلم « لا وصية لوارث ».

4 – عبد السلام فيغو، المرجع السابق، ص182، طاهر خليفة السيسني، المرجع السابق، ص88؛ محمد إسماعيل الغشم، المرجع السابق، ص102؛ محمد زهدور، المرجع السابق، ص54؛ عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق، ص338.

الثلث دون حاجة إلى إجازة الورثة[1].

واستدلوا بقوله تعالى ﴿ **كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ** ﴾.

فمن حق المورث أن يعطي ماله لمن يشاء سواء كان وارثا أو أجنبيا، وتصرفه لا يتوقف على إجازة احد. كما استدلوا بحديث النبي صلى الله عليه وسلم « **لا وصية لوارث** »، فتكون الوصية صحيحة نافذة ما دامت في حدود الثلث دون توقف على إجازة احد من الورثة. وهو ما أكدته المادة 37 من قانون الوصية المصري التي تنص: « تصح الوصية بالثلث للوارث وغيره وتنفذ من غير إجازة الورثة، وتصح بما زاد عن الثلث ولا تنفذ في الزيادة إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصى وكانوا من أهل التبرع عالمين بما يجيزونه ».

بينما القانون المدني الجزائري لم يجيز الوصية للوارث في حدود الثلث أو أكثر، إلا إذا أجازها الورثة الآخرون بعد وفاة الموصي، طبقا للمادة 189 من قانون الأسرة حيث تنص: « لا وصية لوارث إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصي ».

الاتجاه الثالث: الرأي القائل بالوقف

يرى الحنفية[2] والمالكية[3] في قول آخر والراجح عند الحنابلة[4]، أن الوصية لوارث صحيحة موقوفة على إجازة باقي الورثة، فإن جازوها نفذت، وإلا بطلت، وإن أجازها بعضهم دون الآخر جازت في حصة من أجازها وبطلت في حصة من لم يجزها. ودعموا موقفهم بقوله صلى الله عليه وسلم « **لا تجوز وصية لوارث إلا إن يشاء الورثة** »[5]،

---

1 – المرتضي، البحر الزخار، ج 6، المرجع السابق، ص328؛ الحلبي، المختصر النافع للشيخ أبو القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن الحلبي، مطابع دار الكتاب العربي بمصر، وزارة الاوقاف، دار الثقافة، ص163 حيث جاء فيها: « وتصح الوصية للوارث كما تصح للأجنبي ويعتبر ما يوصى به بعد خروجه من الثلث ».

2 – الكاساني، بدائع الصنائع، ج 6، المرجع السابق، ص497 وجاء في المادة 90 من مرشد الحيران ما يلي: « لا تجوز الوصية لوارث إلا إذا أجازها الورثة الآخرين بعد موت الموصى وهم من أهل التبرع ».

3 – الشرح الكبير وحاشية الدسوقي، ج 3، المرجع السابق، ص427.

4 – المغني (لابن قدامة، ج 6، مرجع سابق، ص449 و450) حيث جاء: « لا وصية لوارث إلا أن يجيز الورثة ذلك ».

5 – الحديث أخرجه الترمذي في سننه كتاب الوصايا – باب ما جاء لا وصية لوارث – برقم 212، ج 4، =

واعتبروا إيثار أحد الورثة من غير موافقة باقي الورثة يؤدي إلى النزاع والشقاق وإيثار البغضاء والحسد بين الورثة[1].

الخلاصـــة

كانت آراء الفقهاء مختلفة، وإن كان لا بد من ترجيح أحداها، فنرى أن الرأي القائل بوقف نفاذ الوصية للوارث على إجازة باقي الورثة هو القول المعقول والرأي الأرجح لقوة أدلتهم وكذا سلامتها من المعارضة، هذا من جهة، ومن جهة أخرى، كونه يحقق الحماية للورثة ويحول دون إلحاق الضرر بهم، لحقهم في استعمال الإجازة أو الرد.

ولما كانت الشريعة الغراء تهدف إلى المحافظة على حقوق الناس وحسن العلاقة بينهم والمحافظة على صلة الأرحام، فإن الله تعالى حدد لكل وارث نصيبه من التركة، فإن أفاد المورث البعض من الورثة بزيادة عن نصيبه في التركة أعتبرت هذه الزيادة نقصان من حق الورثة فكان لا بد أن تجاز من باقي الورثة حتى تصح وإلا بطلت، طبقا للمبدأ القائل « **لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفس منه** ».

وهو الرأي الذي أخذ به المشرع الجزائري في المادة 189 من قانون الأسرة.

فيكون المشرع الجزائري أخذ بالرأي الراجح في الفقه لاعتباره الوصية لوارث موقوفة النفاذ على إجازة الورثة.

غير أنه في المادة 123 من قانون الأسرة الجزائري، لم يكن المشرع موفقا لما اعتبر الجزء الذي يوصي به الكافل للمكفول والزائد عن حدود الثلث **باطـــلا** إلا إذا أجازه الورثة، لكون أن الإجازة لا تلحق العقد الباطل. وتكون الصياغة أكثر توفيقا لو جاءت كما يلي « يجوز للكافل أن يوصي للمكفول بماله في حدود الثلث وإن أوصى بأكثر من ذلك كان

=ص ص376 و377 وقال حديث حسن صحيح، وأخرجه النسائي في سننه – كتاب الوصايا – باب إبطال الوصية لوارث تحت رقم 3641، ج 6، ص247.

1 – وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ج 8، ص41؛ محمد عبد الغفار محمد يوسف، المرجع السابق، ص ص 273–275؛ عبد السلام احمد فيغو، المرجع السابق، ص185.

موقوفا على إجازة الورثة »[1].

وتجدر الإشارة إلى أن الوصية مقدمة على الميراث، فيأخذ الموصى لهم ومن في حكمهم بما لا يجاوز ثلث التركة بعد سداد الديون وما يجاوز الثلث إلا برصا الورثة، اما، ما بقي من التركة يكون للورثة [2].

الفرع الثاني

الوصية في مرض الموت في القانون

لقد أجاز المشرع للمريض أن يوصي بثلث ماله، مع العلم، أن الوصية طبقا للأحكام العامة لا تحتاج إلى إجازة الورثة إذا كانت في حدود الثلث، أما إذا زادت على الثلث فتحتاج إلى إجازة الورثة وإلا أصبحت باطلة فيما زاد على الثلث. وهذا ما تناولته المادة 185 من قانون الأسرة الجزائري التي تنص على: « تكون الوصية في حدود ثلث التركة، وما زاد على الثلث تتوقف على إجازة الورثة »[3].

– أما إذا وقعت الوصية لوارث فلا تصح، إلا إذا أجازها الورثة بعد موت الموصي وهو ما جاءت به المادة 189 من قانون الأسرة الجزائري حيث تنص: « لا وصية لوارث إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصي » ورغم أن الموصي يتصرف في ملكه الخالص وبأهلية كاملة إلا أن تصرفه لا ينفذ إلا في حدود الثلث كما جاء في السنة النبوية وإن كانت النصوص القرآنية لم تحدد مقدارها.

إنّ القانون جعل مقدار الوصية التي تنفذ من غير حاجة إلى إجازة الورثة، هو ثلث

1 – تنص المادة 123 من قانون الأسرة الجزائري على ما يلي: « يجوز للكافل أن يوصي للمكفول بماله في حدود الثلث وإن أوصى بأكثر من ذلك بطل ما زاد عن الثلث إلا إذا أجاز الورثة ».

2 – علي الخفيف، أحكام المعاملات، المرجع السابق، ص252.

3 – مطابقة لنص المادة 37 من قانون الوصية المصري، وجاء في وثيقة الكويت للقانون العربي الموحد للأحوال الشخصية، جامعة الدول العربية، الأمانة الفنية لمجلس وزراء العدل العربي، اعتمده مجلس وزراء العدل العرب في دورته السادسة، بالقرار رقم 105–د6– مؤرخ في1408/8/17هـ، الموافق لـ1988/04/04م في المادة 202 أنه: « تنفذ الوصية في حدود ثلث تركة الموصى بعد أداء الحقوق المتعلقة بها وتصح فيمل زاد على الثلث بحدود حصة من أجازها من الورثة الراشدين »؛ محمد زهدور، الوصية في القانون المدني الجزائري والشريعة الإسلامية، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر،1991، ص54.

التركة عند الوفاة، مع التنبيه إلى أمرين أساسيين: أولهما: أن الثلث المعتبر هو مما يكون تركة خالصة من كل دين، فتقدر الوصية بثلث الباقي بعد سداد الدين ، وثانيهما: أن التركة إذا كانت خالية من الدين ولا وارث للموصى سيذهب المال إلى الخزانة العامة ونفذت الوصية كلها[1].

أما القانون المدني المصري جعل الوصية التي تنفذ من غير حاجة إلى إجازة الورثة ثلث التركة عند الوفاة، سواء أكانت الوصية لوارث أم لغير وارث. فإن كانت أكثر من الثلث صحت ولكن لا ينفذ ما زاد عن الثلث إلا بإجازة الورثة، فإن أجازوها كل الورثة نفذت في الزيادة على الثلث وأن لم يجيزوها جميعا بطلت الزيادة، وأن أجاز هذه الزيادة بعضهم وامتنع البعض الآخر نفذت الوصية في الزيادة في حق المجيز وبطلت في الزيادة في حق غير المجيز[2].

والإجازة المعتبرة تكون بعد الوفاة، لأن تنفيذ الوصية يكون وقت الوفاة، ولأنه قبل وفاة الموصى لا يعرف الورثة بالتحديد، لأنه قد يموت أحدهم قبل الموصى أو قد يوجد من يحجب بعضهم بمقتضى حرمانه. فالصفة التي كانت سببا للحق لن تثبت ولم تتقرر[3].

كما أن الوارث المعتبر إجازته هو الوارث الذي يكون أهلا للتبرع، وهو الوارث الكامل أهليته، لأن التبرع تصرف ضار ضررا محضا ولا يجوز من غير الرشيد ولا من غير ولاية. ويجب أن يكون المجيز عالم بالعيب اللاحق بالتصرف. كما يشترط في المجيز كذلك أن يكون عالما كاملا بالوصية ليجيزها، لأن الجهالة تمنع صحة التصرف[4].

وأن القانون يعتبر الوصية بأكثر من الثلث صحيحة لكن جعل نفاذها متوقف على

---

1 – محمود عبد الغفار، المرجع السابق، ص265؛ ياسين محمد الجبوري، المرجع السابق، ص273.

2 – سليمان مرقس، عقد البيع، المرجع السابق، ص ص490–491 ورد فيها:

« يعتبر التصرف صفقة واحدة غير قابلة للتجزئة فيلزم أن تكون الإجازة صادرة من كل الورثة وإلا امتنع نفاذ التصرف بأكمله ».

3 – محمد أبو زهرة، شرح قانون الوصية، المرجع السابق، ص210؛
محمد كامل مرسى، المرجع السابق، ص270.

4 – محمد يوسف الزغبي، العقود المسماة، المرجع السابق، ص507.

إجازة الورثة، ويترتب على ذلك أن الجزء الزائد عن الثلث لا يعتبر الوارث قد أنشأها بإجازته بل يعتبر المصدر المنشئ لها هو الوصية ذاتها[1].

أما القانون الفرنسي عرف الوصية في المادة 895 التي تقضي بما يلي: « هي عقد به يتصرف شخص في كل أو بعض أملاكه في وقت لا يكون موجودا فيه، ويكون له حق الرجوع في هذا التصرف ما دام حيا ».

وقد وضع المشرع الفرنسي حدا للتبرع والوصية، طبقا لأحكام المادة 903 مدني، حيث جاء فيها: « لا يجوز التبرع ولا ايصاء بأزيد من نصف المال إذا ترك المورث وارثا واحدا، ولا بأزيد من ثلثه إذا ترك اثنين، ولا بأزيد من ربعه إذا ترك ثلاثة فأكثر »، وبذلك، قد استبقى فرض معين للورثة لا يجوز التصرف فيه.

أما وصية المريض في فرنسا هي باطلة، شانها شان سائر التصرفات في مرض الموت إذا كانت لمن ينطبق عليهم المادة 990 فرنسي. ويرى بعض الشراح في القانون المدني الفرنسي أن الأب ينبغي أن تكون لديه الحرية التامة في أن يوصي بجميع أملاكه لمن يختاره من أبناءه، ويكون على الموصى له القيام بكل الواجبات التي كانت مفروضة على الأب قبل وفاته، وبذلك تتحقق وحدة العائلة [2].

أما القانون الجزائري

لقد نصت المادة 775 من التقنين المدني الجزائري بما يلي: « يسري على الوصية قانون الأحوال الشخصية والنصوص القانونية المتعلقة بها » المقابلة لنص المادة 916 مدني مصري على « تسري على الوصية أحكام الشريعة الإسلامية والقوانين الصادرة بشأنها ».

---

1 – محمود عبد الغفار، المرجع السابق، ص268 جاء فيها: « ويعتبر الامتلاك على جهة الوصية لا على جهة الهبة المبتدأة فلا تحتاج إلى القبض ولا إلى العقد الرسمي ولو كانت هبة لاحتاجت إليهما لما يوجبه القانون المدني المصري من القبض أو العقد الرسمي للهبة ».

2 – محمد عبد الغفار محمد يوسف، المرجع السابق، ص215 جاء فيها: « وجرى القضاء في فرنسا على بطلان البيوع الصادرة في وقت الغرغرة في ثلاث حالات: 1– توفي فيها البائع بعد البيع بيوم واحد، 2– توفي فيها البائع بعد البيع بعشرة أيام، 3– فقد وقع فيها البيع والمريض مشرف على الوفاة نتيجة مرض خطير مات منه في نفس الامسية وكان لا يسمع من المريض سوى همهمات بشفاه ».

ويعتبر في حكم الوصية، كذلك ما نصت عليه المادة 777 مدني جزائري، المطابقة للمادة 917 مدني مصري، من أنه: « يعتبر التصرف وصية وتجري عليه أحكامها، إذا تصرف شخص لأحد ورثته واستثنى لنفسه بطريقة ما حيازة الشيء المتصرف فيه والانتفاع به مدة حياته، ما لم يكن هناك دليل يخالف ذلك ».

وجاء في قرار المحكمة العليا الجزائرية مؤرخ في 1991/05/28 تحت رقم 74249 « من المقرر قانونا أنه يعتبر التصرف وصية وتجري عليه أحكامها إذا تصرف شخص لأحد ورثته واستثنى لنفسه بطريقة ما حيازة الشيء المتصرف فيه والانتفاع به مدة حياته ما لم يكن هناك دليل يخالف ذلك ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بالخطأ في تطبيق القانون غير وجيه يستوجب رفضه.

ولما كان من الثابت في قضية الحال أن التصرف قد تم بلا مقابل تحت شرط واقف متعلق بسبب وفاة الممتلكين (الأب والبنت) فإن قضاة الموضوع بتعيينهم للموثق لتحرير الفريضة وحصر مخلفات المتوفى طبقوا القانون تطبيقا سليما. ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن »[1].

إجازة الورثة: إنّ القانون جعل مقدار الوصية التي تنفذ من غير حاجة إلى إجازة الورثة هو ثلث التركة عند الوفاة.

ففي القانون المصري سواء أكانت الوصية لوارث أم لأجنبي تنفذ في حدود ثلث التركة، أما إذا تجاوزت هذا الثلث لا تنفذ إلا بإجازة الورثة في القدر الزائد عن الثلث. وأن هذا القدر لا تتعلق به حقوق الورثة، فلا يرجع إليهم في شانه، وأما ما جاوز ذلك فهو من حق الورثة شرعا ويعتبر لهم فلا يمس إلا بقبول منهم؛ والعبرة في تقدير التركة بوقت القسمة والقبض وليس بوقت إبرام الوصية أو وفاة الموصي[2].

أما في القانون المدني الجزائري تنفذ الوصية بالنسبة للأجنبي في حدود ثلث التركة وما زاد عن ذلك استوجب إجازة الورثة بعد وفاة الموصي، أما إذا كانت لوارث فإنها لا تنفذ

1 – قرار رقم 74249 بتاريخ 1991/05/28 صادر من المحكمة العليا الجزائرية.

2 – أنور طلبة، العقود الصغيرة، المرجع السابق، ص246.

إطلاقا إلا بإجازة الورثة. وجاء في قرار المحكمة العليا قضية رقم 139123 قرار بتاريخ 1996/07/09 سنة 1991عدد4 ص 69/68 و70 ما يلي: « من المقرر قانونا أن عقد البيع المنجز أثناء مرض الموت لفائدة الوارث لا يكون نافذا إلا إذا اقره باقي الورثة. ولما تبين في قضية الحال أن زوجة المورث قد استغلت مرضه لإبرام عقد البيع قبل وفاته بثلاثة عشر يوما، فإن القرار المطعون فيه قد استثنى العقد المذكور من التركة أثناء القسمة دون أن يبين في حيثياته حال المرض الذي أثاره الطاعنون فإنه استوجب النقض »[1].

المطلب الثالث

الكفالة في مرض الموت

يقتضي البحث في هذا الموضوع أن نعرض أولا لتعريف الكفالة وأحكامها في الشريعة الإسلامية (الفرع الأول)، ثم نعرض بعد ذلك لموقف القانون من الكفالة في مرض الموت (الفرع الثاني).

الفرع الأول

تعريف الكفالة وأحكامها في الشريعة الإسلامية

نتعرض لتعريف الكفالة أولا ولأحكامها ثانيا.

أولا – الكفالة في الشريعة الإسلامية:

الكفالة في الفقه الإسلامي هي الضمان، والضمان في اللغة هو ما في ذمة الغير وهو مشتق من الضمن، لأن الذمة من ضمن البدن ويقال: كفل فلان فلانا، بمعنى ضمه إليه[2]. استنادا إلى قوله تعالى ﴿ ... **وَكَفَّلَهَا زَكَرِيَّا**... ﴾[3]، بمعنى ضمها إلى نفسه ليعولها ويقوم بتربيتها. وقد عرف الضمان: بأنه ضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه في التزام الحق

1 – قرار المحكمة العليا الجزائرية بتاريخ 1996/07/09 رقم القضية 139123، 1991، عدد 4، ص70/69/68.

2 – علي الخفيف، أحكام المعاملات الشرعية، المرجع السابق، ص220؛ عبد الرحمان الجزيري، كتاب الفقه، ج 3، المرجع السابق، ص198.

3 – سورة آل عمران، الآية 37.

فيثبت في ذمتها جميعا ولصاحب الحق مطالبة من شاء منها، واشتقاقه من الضم[1].

مشروعيتها: من الكتاب فقوله تعالى ﴿ ... **وَلِمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ** ﴾[2] والزعيم هو الكفيل. ومن السنة ما روي عن الرسول صلى الله عليه وسلم أنه قال « **الزعيم غارم** »[3].

أما معناه اصطلاحا ففيه تفضيل في المذاهب:

الحنفية: قالوا رأيان، احدهما: أنها ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة بنفس أو دين أو عين، وأقسام الكفالة ثلاثة: وهي كفالة بالنفس وكفالة بالدين وكفالة بالعين. وثانيهما: أنها ضم ذمة إلى ذمة أصل الدين. ويلاحظ أن التعريف الأول هو شامل لكل أنواع الكفالة، بينما التعريف الثاني يقتصر على الكفالة في الدين فقط[4].

المالكية: الضمان والكفالة والحمالة بمعنى واحد، وهو أن يشغل صاحب الحق ذمة الضامن مع ذمة المضمون، سواء كان شغل الذمة متوقفا على شيء أو لم يكن متوقفا[5].

الحنابلة: الضمان هو التزام ما وجب، أو يجب على الغير مع بقائه على المضمون، أو التزام إحضار من عليه حق مالي لصاحب الحق[6].

ثانيا – حكم كفالة المريض مرض الموت في الشريعة الإسلامية:

القاعدة، انه لا يترتب على صدور التصرف حال مرض الموت بطلان التصرف،

---

1 – حسن أيوب، المرجع السابق، ص455.

2 – سورة يوسف، الآية 72.

3 – الحديث رواه أبو داود والترمذي وقال حديث حسن.

4 –الكاساني، بدائع الصنائع، ج 10، المرجع السابق، ص492؛
المبسوط، ج 20، المرجع السابق، ص127 ورد فيها: « مريض كفل رجل بمال بأمره ثم مات الكفيل وأبت الورثة أن يجيزوا الكفالة فإن لم يكن على الكفيل دين محيط بماله جازت الكفالة من ثلث ».

5 – **المالكية:** الشرح الكبير (للدردير، ج 3، المرجع السابق، ص320) جاء فيها:
« أرأيت المريض إذا تكفل بكفالة أتجوز كفالته؟ قال ذلك جائز في ثلثه... والكفالة له أي للمريض فإنما يجوز ذلك في ثلثه كما يجوز للمرأة ذات الزوج في ثلثها... فإن زاد على الثلث لم يلزمها بل يتوقف على إجازة الوارث أو الزوج ».

6 – **الحنابلة:** المغني (لابن قدامة، ج 5، المرجع السابق، ص79) جاء فيها: « وأن كان مرض الموت المخوف فحكم ضمانه حكم تبرعه يحسب من ثلثه لأنه تبرع بالتزام مال لا يلزمه ولم يأخذ عنه عوضا فاشبه بالهبة ».

فيظل قائما صحيحا نافذا بين طرفيه، ولا يكون للورثة الطعن فيه حال حياة المورث، لأن صفتهم كورثة لا تقوم فيهم إلا بعد وفاة المورث المتصرف. كما أنه، لا يجوز للمتصرف حال حياته الطعن بعدم نفاذ التصرف أو بطلانه لصدوره في مرض الموت، لأن المرض لا يعتبر مرض موت إلا إذا أعقبه الموت فعلا.

والسؤال الذي يطرح: إذا كفل المريض مرض الموت شخصا في أداء دين عليه فهل يشترط لنفاذ الكفالة أن تكون في حدود ثلث التركة أم تحسب من رأس ماله؟

اختلف الفقهاء في ذلك فاتجهوا إلى رأيين:

1- ذهب جمهور الفقهاء من الأحناف[1] والمالكية[2] والحنابلة[3] إلى، أن المريض مرض الموت إذا كفل غير وارث (أجنبي) نفذت كفالته إذا لم تزد عن ثلث التركة، فاذا زادت احتاج القدر الزائد إلى إجازة الورثة. والعلة في ذلك، أن الكفالة المالية تبرع بمال لم يلزمه ولم يأخذ عنه عوضا، فكان محسوبا من الثلث كهبة المريض لا من رأس المال[4]. وقد جاء في المادة 1605 من مجلة الأحكام العدلية ما يلي: « لو كفل احد دين وارثه أو طلبه في مرض موته لا يكون نافذا. واذا كفل الأجنبي يعتبر من ماله ».

2- ذهب الشافعية[5] إلى، أن كفالة المريض المالية للأجنبي تنفذ من رأس المال من غير تقييد بثلث التركة، والعلة في ذلك، أن الكفالة عندهم تعتبر مجرد قرض، يرد فيها المكفول عنه بدل ما دفعه الكفيل بعد مدة معينة، فبذلك، لا تتأثر حقوق الورثة ولا ينقص منها شيء. واستثنى الشافعية من ذلك، حالتين تحسب فيها الكفالة من الثلث:

1- جامع الفصولين (لابن قاضي، ج 2، المرجع السابق، ص247) جاء فيها: « مريض كفل عن وارثه أو لو تبطل، كفالة المريض تعتبر من الثلث ».

2 – الدردير، الشرح الصغير للعلامة ابي البركات احمد بن محمد بن احمد الدردير، ج 3، دار المعارف، ص433: « وزوجة ومريض ضمنا بثلث أي بقدر ثلث مالهما، فيلزمهمت، فان زاد على الثلث لم يلزمهما بل يتوقف على اجازة الوارث أو الزوج ».

3 – ابن قدامة، المغنى، ج 4، المرجع السابق، ص543.

4 – أنور محمود دبور، المرجع السابق، ص124؛ محمود عبد الغفار محمد يوسف، المرجع السابق، ص295.

5 – يقول الشافعي (الأم، ج 3، المرجع السابق، ص305) ما يلي: « الكفالة استهلاك مال لا كسب مال ».

الحالة الأولى: حالة ما إذا كفل المريض شخصا معسرا واستمر إعساره حتى توفى.

الحالة الثانية: إذا لم يحق للكفيل الرجوع على من كفله لكونه قد كفله دون أن يستأذنه.

والعلة في ذلك، أن المريض بتصرفه هذا، يكون قد ضيع على الورثة جزءا من التركة، حيث انهم لن يحصلوا على شيء من المعسر، لأنه لم يترك مالا، وفي حالة عدم الاستئذان من المكفول عنه، لا يحق للكفيل وورثته مطالبة المكفول الذي لم يستأذنه الكفيل في الكفالة، لذا كانت الكفالة تبرعا لا قرضا فتحسب من ثلث التركة[1].

إنّ التفصيل الذي ذهب إليه الشافعية هو الأرجح مما ذهب إليه الجمهور، لأن الذي يحسب من الثلث هي التبرعات، لما فيها من تفويت جزء من التركة على الورثة كالهبة ونحوها، أما الكفالة التي يرد فيها المكفول ما دفعه الكفيل فليست من التبرع، ولا تتأثر بها حقوق الورثة، ولا ضرر عليهم كالبيع بثمن المثل.

فإذا كان الكفيل مريض مرض الموت، ولم يكن له ورثة، وكان كل من المكفول له (الدائن) والمكفول عنه (المدين) أجنبيا عنه، نفذت الكفالة، ويكون للمكفول عنه أخذ الدين من تركته ولو استغرق الدين كل التركة، أما إذا لم يستغرق كل التركة كان الباقي للخزينة العامة.

أما إذا كان للكفيل ورثة، فلا تنفذ الكفالة إلا في الثلث، فإذا كان المال المكفول اقل من الثلث أو الثلث نفذت الكفالة وأن لم يجزها الورثة، فإن كان أكثر من الثلث فلا تنفذ في الزائد على الثلث إلا بإجازة الورثة لتعلق حقهم به[2].

أما إذا كان المكفول له أي الدائن أو المكفول عنه المدين وارثا للكفيل إلى جانب ورثة آخرون، فلا تنفذ الكفالة إلا إذا أجازها الورثة وكانوا من أهل التبرع وقت الإجازة، سواء كان الدين المكفول به يخرج من الثلث أم كان يساويه أو يزيد عليه، فإن أجازه الورثة كان للمكفول له اخذ الدين من التركة وأن لم يجيزه فلا حق له في اخذ شيء من التركة بل يقضي دينه من المدين المكفول عنه عن الثلث.

---

1 – علي الخفيف، المرجع السابق، ص226؛ أنور محمود دبور، المرجع السابق، ص124.

2 – عبد السلام فيغو، المرجع السابق، ص241.

وإذا لم يكن للكفيل ورثة وحصلت الكفالة في مرض الموت، نفذت الكفالة ويكون للدائن الحق في اخذ الدين المكفول به من تركته، ولو استغرق الدين كل التركة، فإن لم يستغرقها كان الباقي للخزينة العامة.

أما إذا كان للكفيل ورثة وكان المكفول له الدائن أو المكفول عنه المدين وارثا أو غير وارث فلا تنفذ الكفالة إلا في ثلث التركة، فإذا كان المال المكفول أقل من الثلث أو يساوي الثلث نفذت الكفالة وإن لم يجزها الورثة، لكن إذا كانت أكثر من الثلث فلا ينفذ الزائد على الثلث إلا بإجازة الورثة[1].

الفرع الثاني

حكم كفالة المريض مرض الموت في القانون

إنّ الكفالة هي ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة بدين أو عين أو نفس. إن ذمة الكفيل (الذمة المضمونة) وهو الضامن الملتزم بتأدية ما على الأصيل من الحق وذمة الأصيل (الذمة المضموم إليها) وهو المطالب في الأصل ويسمى المكفول عنه، أما صاحب الحق أي المكفول له وهو الطالب أما الحق فهو المكفول به[2].

وتتم الكفالة بالإيجاب من الكفيل، وتكون بكل لفظ يفيد الضمان، كضمنت وتحملت والقبول من المكفول له كرضيت. أما المكفول عنه فلا دخل له في التزام الكفيل[3].

وتعد الكفالة من عقود التبرعات، لذا يشترط في الكفيل أهلية التبرع ويشترط في المكفول له ما يشترط في المتبرع له[4].

---

1 – عبد الكريم زيدان، الكفالة والحوالة في الفقه المقارن، المكتب الإسلامي، 1975، ص155؛ نبيل صقر، المرجع السابق، ص127.

2 – محمود عبد الغفار، المرجع السابق، ص292؛ علي الخفيف، المرجع السابق، ص220.؛ عدنان إبراهيم السرحان، المرجع السابق، ص180؛ محمود جمال الدين زكي، التامينات الشخصية والعينية، دار الكتاب الحديث، ط 3، مطابع دار الشعب بالقاهرة، 1979، ص 52.

3 – يقول علي الخفيف في الصفحة 221 من المرجع السابق ما يلي: « فيصح أن يكفل إنسان دين المجنون والصغير الذي لا يميز ويكون القبول من وليهنا في المجلس... ».

4 – غسان رباح، الكفالة في ضوء الفقه والاجتهاد، منشورات الحلبي القانونية، 2009، ص30 ورد فيها: « إنّ مجانية عقد الكفالة لا تجعل منه عقد هبة لأن الكفيل يتمتع بحق الرجوع على المدين الأصلي المكفول=

فإذا حصلت الكفالة في مرض الموت، ولم يكن للكفيل ورثة نفذت الكفالة، وللدائن الحق في أخذ الدين المكفول به من تركته ولو استغرق الدين كل التركة، فإن لم يستغرقها كان الباقي للخزانة العامة. أما إذا كان للكفيل ورثة، وسواء كان المكفول عنه أو المكفول له وارثا أو لا، فلا تنفذ الكفالة إلا في الثلث، أما إذا زاد عن الثلث فلا ينفذ الزائد إلا بإجازة الورثة.

إن هذه الأحكام تطبق كلها إذا لم يكن الكفيل مدينا، أما إذا كان مدينا بدين مستغرق تركته، فلا تنفذ الكفالة إلا إذا أبراه الدائنون قبل الكفالة لأن الحق لهم. أما إذا كان دينه غير مستغرق لكل تركته فيخرج من التركة أولا مقدار الديون الثابتة[1].

تنص المادة 776 ف2 من القانون المدني الجزائري على: « كل تصرف قانوني يصدر عن شخص في حال مرض الموت بقصد التبرع يعتبر تبرعا مضافا إلى ما بعد الموت، وتسري عليه أحكام الوصية أيا كانت التسمية التي تعطى إلى هذا التصرف »، مقابلة لنص المادة 916 مصري.

إنّ هذا النص جاء عاما ولا يقتصر على البيع بل هو يشمل كل تصرف صدر في مرض الموت، أيا كانت التسمية التي تعطى لهذا التصرف، ومن ثم يدخل إلى جانب البيع الكفالة والهبة والإقرار بالدين والإبراء من الدين وغيره من التصرفات.

فإذا قام المريض مرض الموت بكفالة شخص أو وهب مالا له، فإن تصرفه هذا تسري عليه أحكام الوصية، فلا تنفذ الكفالة ولا الهبة ولا الإقرار بالدين ولا الإبراء من الدين إلا في حدود ثلث التركة، ما لم يجز الورثة ما يجاوز ثلث التركة. فهي قرينة بسيطة تقبل إثبات العكس، فيجوز للمتصرف إليه أن يثبت أن التصرف قد صدر معاوضة، بأن يثبت أنه دفع مقابلا لما أعطاه له المريض فيكون التصرف نافذا في حق الورثة بشرط أن يكون المقابل

=لاسترجاع ما تم دفعه تنفيذا للموجب الملقى على عاتقه، فيما لو توافرت بعض الشروط التي سوف ناتي على ذكرها لاحقا، ولكن برأينا يمكن أن توجد حالة يجوز فيها اعتبار عقد الكفالة بمثابة الهبة غير المباشرة وهي عندما يتخلى الكفيل عن حق الرجوع على المدين الأصلي »؛ محمد كامل مرسي، الحقوق العينية، المرجع السابق، ص ص333 – 336.

1– عبد السلام فيغو، المرجع السابق، ص241؛ عبد الكريم زيدان، المرجع السابق، ص155.

يساوي قيمة ما قدمه المريض للمتصرف إليه.

أما إذا كانت محاباة للمتصرف إليه، فإن القدر المحابي به يأخذ حكم الوصية.

غير انه، يشترط أن يكون التصرف قد صدر في مرض الموت، وعلى الورثة عبء إثبات صدور التصرف من مورثهم، بانه في مرض الموت، وهو ما قضت به المادة 776 ف/2: « وعلى ورثة المتصرف أن يثبتوا أن التصرف القانوني قد صدر عن مورثهم وهو في مرض الموت ولهم إثبات ذلك بجميع الطرق، ولا يحتج على الورثة بتاريخ العقد إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتا ».

ويعتبر حكما عاما في تصرفات المريض مرض الموت سواء كان بيعا أو كفالة أو بيعا. وتناول المشرع الجزائري أحكام بيع المريض مرض الموت في المادتين 408 و409 مدني جزائري[1].

المطلب الرابع

الهبة في مرض الموت

نقسم هذا المطلب الى فرعين، نخص الاول لهبة المريض مرض الموت في الفقه الإسلامي (الفرع الأول)، والثاني لهبة المريض مرض الموت في القانون (الفرع الثاني).

الفرع الأول

الهبة في مرض الموت في الفقه الإسلامي

الهبة في اللغة: هي العطية بلا مقابل[2].

أما في الاصطلاح: فهي تملك في المال في الحال بلا عوض[3].

---

1 – تنص المادة 408 من التقنين المدني الجزائري: « إذا باع المريض مرض الموت لوارث فإن البيع لا يكون ناجزا إلا إذا أقره باقي الورثة. أما إذا تم البيع للغير في نفس الظروف فإنه يعتبر غير مصادق عليه ومن اجل ذلك يكون قابلا للإبطال ».

والمادة 409 تقضي بما يلي: « لا تسري أحكام المادة 408 على الغير الحسن النية إذا كان الغير قد كسب بعوض حقا عينيا على الشيء المبيع ».

2 – المصباح المنير مادة (وهب).

3 – تنص المادة 733 من مجلة الاحكام العدلية على ما يلي: « الهبة هي تمليك مال لاخر بلا عوض... ».

ومن شروط عقد الهبة أن يكون المتبرع أهلا للتبرع، أن لا يكون محجورا عليه، ولا مكرها، ولا يكون مريض مرض الموت. كما يشترط في عقد الهبة أن يكون المتبرع أهلا للتبرع.

لقد اختلف الفقهاء في هبة المريض مرض الموت، وانقسموا إلى فريقين:

أولا: يرى كل من الظاهرية وبعض الأمامية أن هبة المريض صحيحة نافذة من كل ماله كالصحيح. وتخرج من رأس ماله إذا مات، أما إذا صح من مرضه فلا خلاف عن هبة الصحيح[1].

ثانيا: جعل جمهور الفقهاء لهبة المريض أحكاما تختلف عن أحكام هبة الصحيح، وعليه فرقوا بين حالتين:

– حالة ما إذا تم قبضها من الموهوب قبل موت المريض: اتفق الفقهاء أن هبة المريض لا تجوز لوارث مطلقا، ولا لأجنبي بزيادة عن ثلث التركة إلا بإجازة الورثة، وذلك قياسا على الوصية[2]. فإذا لم يكن للمريض وارثا، فإن هبته تكون من رأس ماله وبذلك له أن يهب كل أمواله[3].

– حالة ما إذا لم يتم قبضها من الموهوب حتى مات الواهب هنا يطرح السؤال:

هل تبطل الهبة أم تنفذ؟

يرى الأحناف[4] والشافعية[5] والحنابلة[6] أن هبة المريض تبطل بموت الواهب قبل

---

1 – المحلي لابن حزم (ج 7، المرجع السابق، ص297) جاء فيها:
« وهبة المرأة ذات الزوج والبكر ذات الأب واليتيمة والعبد المخدوع في البيوت والمريض مرض الموت أو مرض غير موته وصدقاتهم كهبات الأحرار واللواتي لا أزواج لهن ولا آباء كهبات الصحيح ولا فرق ».

2 – جاء في المادة 85 من مرشد الحيران ما يلي: « حكم الهبة في مرض الموت بعد استيفاء شرائطها كحكم الوصية في اعتبارها من الثلث وتوقفها على إجازة الورثة في الزائد عن ثلث التركة ».

3 – علي الخفيف، مدى تعلق الحقوق بالتركة، ص93 جاء فيها: « يرى الأحناف إذا لم يكن للمريض وارثا فله أن يهب كل ماله وليس لبيت المال حق الاعتراض عليه بينما المالكية والشافعية يعتبر بيت المال من الورثة فلا تجوز بأكثر من الثلث لأنها ضارة ببيت المال (الخزينة) ».

4 – السرخسي، المبسوط، ج 12، المرجع السابق، ص102.

5 – الشافعي، الأم، ج 4، المرجع السابق، ص63 جاء فيها: « واذا وهب الرجل في مرضه الهبة فلم يقبضها الموهوب له حتى مات الواهب لم يكن للموهوبة له شيء وكانت الهبة للورثة ».

6 – ابن قدامة، المغني، ج 6، المرجع السابق، ص493.

القبض، ولا يلزم الورثة بدفعها للموهوب له، ولا تنقلب إلى وصية، لأنها صلة والصلات يبطلها الموت كالصدقة، بالإضافة إلى أن الهبة هي من العقود المنجزة كون الواهب يريد التمليك حالا لا بعد الموت. أما اعتبارها من الثلث، فلأن حق الورثة يتعلق بمال المريض، وأن التبرع يكون الثلث، لما حدد قدره الشرع.

أما المالكية ذهبوا إلى أن الهبة لا تبطل، بل تنفذ من ثلث التركة، لأنها كالوصية بدليل أنها تعتبر من الثلث، فسواء قبضت أو لم تقب لا تبطل بالموت، فتأخذ حكم الوصية[1].

إنّ قول الأحناف ومن وافقهم في بطلان هبة المريض بموت الواهب قبل القبض هو الرأي الراجح، لأن اعتبار الهبة من الثلث ليس لأنها وصية بل لتعلق حق الورثة وهم الدائنين بمال المريض ومن شروطها حالة القبض[2].

الفرع الثاني

الهبة في مرض الموت في القانون

نتطرق أولا الى الهبة في القانون، ثم ثانيا الى هبة مريض الموت.

أولا – الهبة في القانون:

إنّ القانون المدني الجزائري والمصري اقتبسا أحكام عقد الهبة من الفقه الإسلامي وبوجه خاص عدم اتصال الهبة بالميراث، إلا إذا كانت صادرة في مرض الموت، خلافا للقانون الفرنسي الذي تتصل فيه الهبة اتصالا وثيقا بالميراث، والسبب في ذلك كون الهبة تجرد من المال في الحال، فاعتمدت الشريعة الإسلامية في الحد من الإسراف في الهبة إذ لا تجرد نفس الإنسان من ماله في الحال إلا بقدر[3].

وعليه، إذا كان الواهب غير مريض وكان أهلا للتبرع، جاز له أن يهب بعض ماله

1 – الإمام مالك، المدونة، ج 6، المرجع السابق، ص112.

2 – علي الخفيف، المرجع السابق، ص184؛ أنور محمود دبور، المرجع السابق، ص115.

3 – عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج 5، المرجع السابق، ص21؛ محمود عبد الغفار محمد يوسف، المرجع السابق، ص280.

أو كله لمن يشاء، سواء أكان لأجنبي أو لوارث وحتى ولو كان مخالفا لدينه[1]، وعرفت المادة 202 من قانون الأسرة الجزائري المطابقة للمادة 486 من التقنين المدني المصري[2] الهبة حيث تنص: « الهبة تمليك بلا عوض ويجوز أن يشترط على الموهوب له القيام بالتزام يتوقف تمامها على انجاز الشرط ».

ويستخلص من النص، أن الهبة إعطاء بين الأحياء، عكس الوصية إعطاء بعد الوفاة، كما أنها عقد اختياري بين الأحياء يتصرف الواهب في ماله بلا عوض وبنية التبرع.

وبذلك، تشبه الهبة الوصية، في أن كلاهما تخضعان لشروط نص عليها القانون وأنهما يرتبان إحسانا، وتختلف عنها: أن عقد الهبة يشترط فيه تطابق إيجاب وقبول، اما الوصية فهي تصرف من إرادة واحدة وهو إرادة الموصى فقط.

فالهبة ينتفع بها الموهوب حال حياة الواهب، بينما الوصية لا ينتفع بها إلا بعد وفاة الموصى وتحقق الموصى له بعده[3].

إن الهبة لا يصح الرجوع فيها، بخلاف الوصية التي يصح الرجوع فيها حال حياة الموصي[4].

ثانيا – هبة المريض مرض الموت:

إنّ الواهب إذا كان غير مريض يجوز له إذا كان أهلا للتبرع أن يهب كل ماله أو بعضه لمن يشاء، أما إذا كان مريضا مرض الموت، فإن هبته تأخذ حكم الوصية، وفقا لأحكام المادة 776 ف1 مدني جزائري الموافقة للمادة 916 تقنين مدني مصري.

والهبة التي تأخذ حكم الوصية هي التي تنعقد تامة في مرض الموت ويتحقق فيها جل شروطها.

---

1 – طبقا لأحكام المادة 200 من قانون الأسرة الجزائري التي تقضي: « تصح الوصية مع اختلاف الدين ».

2 – المادة 476 من القانون المدني المصري تنص على: « عقد يتصرف بمقتضاه الواهب في مال له دون عوض. ويجوز للواهب (دون أن يتجرد عن نية التبرع) أن يفرض على الموهوب له القيام بالتزام معين ».

3 – المادة 184 من قانون الأسرة الجزائري تنص على: « الوصية تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع ».

4 – تنص المادة 192 من قانون الأسرة الجزائري على: « يجوز الرجوع في الوصية صراحة أو ضمنا، فالرجوع الصريح يكون بوسائل إثباتها والضمني يكون بكل تصرف يستخلص منه الرجوع فيها ».

وتنص المادة 776 تقنين مدني جزائري على ما يلي: « كل تصرف قانوني يصدر عن شخص في حال مرض الموت بقصد التبرع يعتبر مضافا إلى ما بعد الموت وتسري عليه أحكام الوصية أيا كانت التسمية التي تعطى إلى هذا التصرف ».

ويترتب عن ذلك أن الهبة في مرض الموت تسري عليها أحكام الوصية.

فطبقا للتقنين المصري، إذا كانت الهبة لوارث أو لغير وارث ولم تزد قيمة الموهوب على ثلث التركة وقت الموت، صحت ونفذت. أما إذا كانت قيمة الموهوب وقت الموت تزيد على ثلث التركة، فإنها تصح في حدود الثلث سواء كانت لوارث أو لأجنبي، أما ما جاوز ثلث التركة فلا تصح الهبة منه إلا بإجازة الورثة، فإن لم يجاز وجب على الموهوب له رده إلى التركة[1].

أما طبقا للتقنين المدني الجزائري، فإن هبة المريض لغير وارث لا تصح إلا في حدود الثلث، أما إذا جاوزت حدود ثلث التركة لا تصح إلا بإجازة الورثة بعد وفاة الواهب، فاذا أجازها البعض ورفضها البعض فلا تصح إلا في حق من أجازه،ا فيجب على الموهوب له أن يرد إلى التركة القدر الذي رفض.

أما إذا وهب المريض مرض الموت لوارث، فإن هذه الهبة لا تصح إطلاقا إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصي وفي حدود الثلث، وذلك طبقا لأحكام المادة 189 من قانون الأسرة الجزائري.

والمعتبر فيه في إجازة الورثة، هو بعد وفاة الواهب، لأنه لو أجازه الورثة قبل وفاة الواهب لم تصح لأن حق الورثة يثبت بعد الموت، والمراد بالوارث هو وقت الموت وليس وقت الهبة[2].

وتطبق جل هذه الأحكام إذا لم يكن الواهب مدينا، لأنه إذا كان مدينا فلا تنفذ الهبة إذا كان دينه مستغرقا لكل تركته، سواء كان الموهوب له وارثا له أم غير وارث إذا لم يكن الدائنون أجازوها، ويشترط إجازة الورثة في القدر الزائد عن ثلث التركة. أما إذا كان دينه

1 – عبد السلام أحمد فيغو، المرجع السابق، ص210.

2 – محمود عبد الغفار، المرجع السابق، ص273.

غير مستغرق لتركته فيكون حكم هبة الباقي من الديون، كهبة التركة إذا كانت خالية من الدين.

ويختلف القانون في حكم الهبة عن الشريعة الإسلامية التي توجب القبض في الهبة وإلا كانت باطلة، لأن القبض ليس شرطا من شروط الهبة قانونا وأن الهبة التي تحصل في مرض الموت ولا تقبض حتى يموت الواهب، تأخذ حكم الوصية ولا تكون باطلة.

موقف المشرع الفرنسي

تناول المشرع الفرنسي التصرفات التي تحصل في مرض الموت ضمن الأحكام الخاصة بالأهلية، وما جاء في نص المادة 909 تقنين مدني، حيث تقضي المادة السالفة الذكر ببطلان التصرفات الحاصلة في مرض الموت للأطباء والصيادلة ورجال الدين فهؤلاء ليسوا أهلا لقبول هبة أو وصية المريض الذي تولوا علاجه في مرضه الأخير. واشترطت المادة لتطبيقها:

– أن يكون المريض قد نال عناية مستمرة في مرضه من الأشخاص التي تناولتها المادة في مرضه الذي مات منه، لأنه الوصية والهبة في مرض الموت لصالح طبيب قد عالج المريض من مرض ليس هو المرض الذي مات منه لا تعتبر باطلة.

– أن تصدر الهبة أو الوصية في فترة المرض الذي يعالج فيه، لأنه لا يشترط تزامن الوصية أو الهبة والعلاج في وقت واحد بل يكفي لبطلان الهبة للطبيب المعالج أن تكون خلال هذا المرض.

– أن يكون المريض الواهب أو الموصي قد مات من هذا المرض الذي تبرع فيه.

والسلطة التقديرية ترجع لقضاة الموضوع في استخلاص الظروف والملابسات لكي يكون حكمهم سديدا[1].

مقارنة الهبة في كل من القانون والفقه الإسلامي

إنّ الهبة التي يقوم بها الواهب المريض ثم يشفى من مرضه، فإنها تأخذ حكم الهبة

1 – محمود عبد الغفار، المرجع السابق، ص286.

الصحيحة ولا تأخذ حكم الوصية، لأن هبة المريض لا تعتبر وصية إلا إذا اتصل الموت بالمرض وفقا لمواد 916 مصري و776 جزائري.

يتفق التقنين المدني الجزائري مع التقنين المدني المصري والسوري والعراقي، في أن حكم هبة المريض مرض الموت التامة لها حكم الوصية إذا كانت لأجنبي، لكن يختلف عنها في حكمها بالنسبة للوارث الذي لا تصح له الهبة إلا بإجازة الورثة بعد موت الواهب، قياسا على أحكام الوصية. فإذا كان للواهب ورثة، فإن الهبة سواء كانت لوارث أو لأجنبي تكون نافذة إذا كانت في ثلث التركة أو بأقل منه، أما إذا كانت أكثر من الثلث فلا تنفذ إلا بإجازة الورثة، هذا وفقا للمادة 916 مصري، لكن طبقا للمادة 776 مدني جزائري فإذا كانت لوارث لا تنفذ إلا بإجازة الورثة بعد موت الواهب.

إن الهبة المعتبر فيها في القانون هي الهبة التي تعقد تامة بتحقق شروطها، وأن القانون لم يجعل عنصر القبض شرطا من شروط صحة الهبة، خلافا لما ذهب إليه جمهور فقهاء الشريعة الإسلامية، فالهبة التي لم تقبض من الموهوب له حتى يموت الواهب لا تكون باطلة قانونا.

خاتمـــة

من خلال هذه الدراسة، حاولت إلقاء الضوء على نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي وتطبيقاتها في القانون المدني الجزائري، فوجدت أن الفقه الإسلامي قد أحكم صياغة هذه النظرية التي اتصفت بالدقة والشمول فضلا، عما حققته من حماية للمصالح الاجتماعية التي طالما سعى الفقه القانوني إلى تحقيقها، ولا يزال عاجزا أمام الكثير منها.

وكان التفكير الفقهي الدؤوب يعمل على حماية المصالح المرتبطة بالعقد، وذلك، بوضع القواعد الأساسية والأطر العامة التي تحكم المعاملات، ومنها اهتمام فقهاء الشريعة الإسلامية بقواعد نظرية البطلان وتقسيم العقود إلى صحيحة وباطلة، ثم تفصيلهم لركن العقد وشروطه وصحته ونفاذه ولزومه.

وقد رأينا أن الفقه الحنفي حين تصد لتقسيم العقد غير الصحيح إلى باطل وفاسد، انفرد بابتكار نظرية محكمة الصياغة وهي نظرية الفساد، لما يوجد من تفرقة بين الخلل الذي يصيب أصل العقد والخلل الذي يصيب الوصف فيه، بحيث لم يكن في نظرهم التسوية بين العقد الذي أصيب ركنه بالخلل والعقد الذي أصيب وصفه بالخلل، ولم يكن لهذه النظرية نظير لها في فقه القانون.

اهتم الفقهاء الأحناف بالعقد في تكوينه وانعقاده ونفاذه ولزومه، فقالوا بأن العقد في تكوينه يمر بمرحلة الانعقاد فإن اجتزآها مر مرحلة الصحة فبقت له مرحلة النفاذ فإن تحققت نفذ وإن لم يجتزها كان صحيحا موقوفا، فبقيت له أخيرا مرحلة اللزوم للوصول إلى قوته الملزمة وترتيب كل الآثار. وقد أولوا اهتماما كبيرا لمصالح أطراف العقد وحقوق الغير بابتكار نظرية العقد الموقوف وهم أصحاب السبق في ابتكارها.

لقد سبق، أن رأينا، أن الفقه الإسلامي اختلف في مشروعية العقد الموقوف، فالشافعية في المذهب الجديد والحنابلة في رواية عنهم والظاهرية وبعض الأمامية، احتجوا بأنه ليس بإمكان تصور عقد صحيح غير منتج لآثاره أي موقوف، بينما الحنفية ومن وافقهم من ذلك المالكية والحنابلة في إحدى الروايتين عندهم والشافعية في المذهب القديم والإمامية والزيدية، قالوا بأن العقد الموقوف عقد صحيح غير منتج لآثاره إلى غاية صدور الإجازة ممن يملكها شرعا.

ويرجع الخلاف بين الاتجاهين إلى تكييف شرطي الولاية على العقد والولاية على محل العقد. فمن اعتبرها شرط نفاذ نادى بالوقف نتيجة تخلفها، ومن اعتبرها شرط انعقاد نادى

بالبطلان في حال عدم توافرها. فأنصار نظرية بطلان العقد الموقوف يرون أن أساس الانعقاد الولاية الشرعية التي تعتبر في نظرهم كالأهلية تماما من حيث اعتبارها شرطا لصحة العقد، كما اشترطوا أيضا أن يكون العاقد قادرا على تمكين المتعاقد معه من كل أحكام العقد، فان لم يكن قادرا كان العقد باطلا.

بينما، يرى أنصار صحة نظرية العقد الموقوف أن أهلية التصرف تكون بالعقل والبلوغ فتوفرت في العقد الموقوف، لكن نوعية الأهلية (أهلية التبرع والافتقار) قد تخلفت فيكون الجزاء على تخلفها عدم نفاذ العقد فقط وليس بطلانه، لأن شروط إنشائه وانعقاده قد توفرت، فلما كان العقد الموقوف هو عقد صادر في محله، الذي هو المال المتقوم، فالقول بانعدام الملك لا يعني انعدام المالية التي تتوفر في المحل مهما كان نوع التصرف وصفة التصرف.

والدليل على ذلك، أن الشخص الذي يتصرف في شيء لا يملكه، ثم يقوم المالك الحقيقي له بإجازة هذا التصرف فينفذ العقد، ولذلك فقبل الإجازة كان عقدا موقوفا، والإجازة في هذا المقام لا تقلب غير المحل محلا ولا تنشئ ولاية عليه، بل هي بمثابة الإذن السابق.

فكيف يمكن التسوية بين العقدين، وأن العقد الموقوف في فترة وقفه له وجود مادي وشرعي، في حين أن العقد الباطل ليس له وجود غير الوجود المادي قبل تقرير بطلانه؟

وأن بعض التشريعات المدنية العربية قد أخذت بنظام العقد الموقوف وتبنته ثم قامت بتنظيم أحكامه ومنها القانون المدني العراقي والأردني.

وقد خلص الفقهاء، أنصار صحة العقد الموقوف إلى أن أسباب الوقف تنحصر في انعدام الولاية على محل العقد وانعدام الولاية على نوع التصرف.

فالولاية على محل العقد تقوم بتوافر الملك الخالص على المحل أو بالنيابة عن المالك، فمن يباشر تصرفا لم يكن مالكا للمحل أو غير نائب عن مالكه، كان تصرفه موقوفا عن ترتيب آثاره إلى حين صدور الإجازة ممن يملكها شرعا، فعد فضوليا، وهو ما يعرف بالتصرف في ملك الغير.

وقد أخذ المشرع الجزائري جانبا من صور التصرف في ملك الغير المتمثل في بيع ملك الغير، وجعل حكمه القابلية للإبطال مقتديا بحكم المشرع الفرنسي ومن بعده المصري.

فقد رأينا من خلال دراستنا، أن فقهاء القانون المدني اختلفوا في تكييف حكم بيع ملك الغير، فذهب فريق من الفقهاء إلى اعتباره باطلا بطلانا مطلقا على أساس استحالة تسليم المحل، وذهب فريق آخر إلى القول بالقابلية للفسخ على أساس عدم تنفيذ الالتزام بنقل الملكية، وذهب فريق آخر إلى اعتباره باطلا بطلانا نسبيا على أساس وجود عيب في

الرضا، حيث أن البائع وقع في غلط لما كان يتوهم انه قادر على تسليم الشيء المبيع.

كما يلاحظ، أن المشرع الجزائري قد اعتبر بيع ملك الغير قابلا للإبطال وفي نفس الوقت جعله غير ساري أو غير نافذ في حق المالك الحقيقي، فهو بهذا الأمر، يجعل له حكمين مختلفين، مما يجعل الموضوع حائرا في حكمه.

غير أن فقهاء الشريعة الإسلامية قبل صدور هذه التشريعات، سبق لهم، أن نظموا هذا النوع من البيع وأفردوا له جانبا من دراستهم تحت موضوع بيع الفضولي وجعلوه موقوفا على إجازة المالك، استنادا إلى آيات من القران الكريم، وتطبيقا لأحاديث الرسول صلى الله عليه وسلم وسننه. وهذا يحقق الحماية لكل من حدث التصرف في ملكه بدون إذنه.

ومن صور تخلف الولاية على المحل، تجاوز الوكيل لحدود الوكالة حيث يكون العقد في هذه الحالة موقوفا في حدود تجاوز الوكيل للوكالة. وقد لحظنا أن المشرع الجزائري لم ينص على الجزاء الذي يترتب على التصرف الذي يتجاوز الوكيل فيه حدود الوكالة، وانتهينا إلى انه لا يوجد ما يمنع من الأخذ بفكرة وقف هذه التصرفات على إجازة الموكل، استنادا إلى أحكام الشريعة الإسلامية والرأي الغالب فيها.

وإذا كان الأصل العام، أن الإنسان حر في التصرف في ملكه إلا أن هذه الحرية مقيدة بما يتعلق للغير من حقوق على محل هذا التصرف. فقد يبيع الشخص عينا سبق له أن رهنها للغير، ما دام نظام الرهن لا يخرج الشيء المرهون من ملك الراهن، ولما كانت طبيعة الرهن تقتضي بقاء الشيء المرهون إلى حين الوفاء، فإن الحماية للدائن لن تتحقق في نظر فقهاء الشريعة الإسلامية إلا بوقف هذا التصرف إلى حين إجازته من الدائن المرتهن أو تطهير العين من الرهن أو بانقضاء الرهن بالوفاء.

وما أوردناه عن الدائن المرتهن وحمايته، يصدق على المستأجر والشريك في الشيوع والمريض مرض الموت إذا قام بالتصرف في ماله حال مرضه.

ولكي يولد العقد آثاره، لا أن تكون الولاية على محل التصرف بل لا بد له أن تتحقق فيه الولاية على نوع التصرف التي تقتضي توافر الأهلية اللازمة لهذا النوع من التصرفات.

فالصبي المميز يملك إنشاء التصرفات، لكن لا تنفذ منها إلا التصرفات النافعة نفعا محضا، ويبطل ما تعلق بالتصرفات الضارة ضررا محضا، وتوقف ما كان مترددا بين النفع والضرر على إجازة الولي أو الوصي أو على إجازته هو بعد بلوغه. ومن توقفت تصرفاته تتحقق الحماية له. وما قيل في الصبي المميز يصدق على كل من السفيه وذي الغفلة.

وقد رأينا، أن المشرع الجزائري قد اعتنق نظرية الوقف في تقنين الأسرة بموجب نص المادة 83 منه، وقد حسم ذلك بنص المادة 79 من قانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005 وبذلك تسري على القاصر وعلى المحجور عليه وغيره من عديمي الأهلية أو ناقصيها قواعد الأهلية المنصوص عليها في قانون الأسرة.

كما لاحظنا، لو كان على المشرع الجزائري أن وحد الجزاء المترتب على العقود المبرمة تحت وطأة عيوب الإرادة واعتبرها موقوفة إلى غاية صدور الإجازة، لا حققت أكثر حماية من الحكم بنفاذها إلى حين إبطالها في ظل فقه القانون المدني، أو نفاذها ثم تقرير عدم لزومها في الرأي السائد عند اغلب فقهاء الشريعة الإسلامية.

ونقول، أن نظرية العقد الموقوف تحقق حماية لكل أفراد العقد، ومنه تتضح دقة هذه النظرية وشموليتها، فهي نظرية تنطبق على كل التصرفات التي تصدر ممن لم تتوافر لديه الولاية على نوع التصرف أو على محل العقد، فهي تقوم على رعاية المصلحة ومنه دفع الضرر، وهو الأمر الذي يتفق مع القواعد الأصولية التي يقوم عليها الفقه الإسلامي وينسجم مع سياسته التشريعية.

ومن خلال دراستنا، حددنا نطاق كل قسم من أقسام التصرفات وسماته الخاصة، وتبين لنا أن الإجازة لا ترد إلا على تصرف منعقد قائم له وجود شرعي، لكنه غير منتج لآثاره أو غير مستقر وآثاره مهددة بالزوال، ووجدنا الاتفاق بين الفقه الإسلامي وفقه القانون المدني.

فكل هذه التصرفات تحتاج إلى نفاذ واستقرار، إما لأنها قد نفذت لكنها مهددة بالزوال وهي بحاجة إلى أن تستقر، وإما لأنها غير نافذة ومهددة بالزوال فتحتاج إلى أن تنفذ وتستقر.

والإجازة، هي التي تحقق هذه الأهداف فإذا أجاز الشخص التصرف فلأنه يحقق له مصلحة وبذلك ينفذ ويستقر، أو يرفع عنه خطر الإبطال ويستقر.

فالموقوف غير مستقر، لأنه متردد بين مصيرين، إما أن يجاز فينفذ ويبقى، وإما أن ترفض إجازته فيزول، مع العلم أنه لا توجد أية حقوق لأي من العاقدين ترتبت بناء عليه، فزواله ليس فيه أية زعزعة لأوضاع قانونية ولا حقوق مكتسبة.

بينما، العقد القابل للإبطال، فعدم استقراره فيه خطورة كبيرة على أوضاع قانونية وحقوق ترتبت بناء عليه لاعتباره نافذا، قد تزول أثاره إذا زال العقد بأثر رجعي، ومن الصعوبة في الرجوع إلى الحالة السابقة على العقد.

ومع أن الإجازة تصرف قانوني يشترط فيه ما يشترط في التصرفات القانونية بوجه عام إلا أننا بعد تحديد الطبيعة القانونية لها انتقلنا إلى شروط المجيز، واتضح لنا أن المجيز هو

صاحب المصلحة المقصودة بالحماية، والتي من أجلها كان التصرف موقوفا أو قابلا للإبطال.

ولارتباط الإجازة بتصرف سابق ومن شانه أن يؤثر في مصيره، ولكي لا يظل التصرف قابلا للإجازة إلى أمد غير محدد، رأينا، انه ينبغي أن تكون هناك مدة محددة لإجازة التصرف أو رفض إجازته، وإن دواعي استقرار التعامل تقتضي تطبيق هذا في كل التصرفات القابلة للإجازة، سواء في الفقه الإسلامي أو في القانون المدني.

والقانون المدني الجزائري وضع تحديدا لهذه المدة في العقد القابل للإبطال، بحيث إن لم يصدر خلالها الإجازة أو رفضا (تمسك بالإبطال) سقط الحق في الإبطال بمضي المدة واستقر العقد نهائيا.

لكن، قانون الأسرة الجزائري لم يضع حدا يجب أن تصدر خلاله إجازة العقد الموقوف، وقد رأينا أثناء الدراسة، انه لا يمكن تطبيق قواعد المدة الخاصة بالقابل للإبطال بصيغتها على العقد الموقوف.

وفي موضوع دراسة أثار تحقق الإجازة حرصنا على تتبع هذه الآثار سواء بالنسبة للتصرف المجاز أو بالنسبة للعلاقات التي نشأت عنه، واتضح لنا أن الإجازة تحفظ التصرف الذي ترد عليه من الزوال وتجعله يستقر بصفة نهائية، لا يوجد شيئا يهدد مصيره وتقوم العلاقات على أساسه.

واتضح لنا، أن العلاقة القائمة بعد الإجازة تنظم بموجب القاعدة الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة أو كالإذن السابق، فيصبح التصرف المجاز كأنه كان مأذونا فيه منذ البداية، وبذلك يصير الفضولي وكيلا تطبق عليه أحكام الوكالة ويصير ناقص الأهلية مأذونا ويصير الشخص الذي تصرف في ماله وتعلق به حق الغير كأنه كان مأذونا في هذا التصرف.

كما أن أحكام العقد الموقوف لا تسمح بان تخل الإجازة بحق الغير لعدم إمكان قيام وضع تتعارض فيه الإجازة مع حقوق الغير.

أما في موضوع دراسة آثار رفض الإجازة أو رد التصرفات كما جاء في الفقه الإسلامي، وضحنا أن رفض الإجازة يؤدي إلى زوال التصرف وصيرورته كأن لم يكن، وزوال قابليته للإجازة. كما في حالة رفض إقرار التصرف في ملك الغير في فقه القانون المدني، أو في حالة رفض المرتهن إجازة تصرف الراهن في المرهون، أو رفض المستأجر إجازة تصرف المؤجر في العين المؤجرة في الفقه الإسلامي.

ووجدنا، أن زوال التصرف لرفض الإجازة يكون أمرا عاديا إذا كان من رفض الإجازة طرفا في التصرف، لكن يبدو صعبا إذا لم يكن من رفض الإجازة طرفا فيه، كما في

حالة رفض المالك إجازة تصرف الفضولي.

فإذا زال التصرف، تزول معه جميع أثاره ويجب إعادة الحالة إلى ما كانت عليه سابقا ووجب على كل منهم رد ما تسلمه. وتحقيق ذلك، لا يكون من السهل إذا قاما المتعاقدان بتنفيذ التصرف مع كونه موقوفا، فتنشا عن هذا التنفيذ، لا عن التصرف، علاقات قانونية والتزامات تعالجها نظرية عديدة كنظرية الغصب والضمان.

وأن القانون المدني الجزائري لم ينظم رفض إجازة التصرف الموقوف ولا أثار هذا الرفض، وإن كان يمكن سد هذا النقص بالرجوع إلى الشريعة الإسلامية باعتبارها مصدر في القانون، إلا أننا نفضل ألا يغفل عنها القانون في تنظيمها.

تلك، هي بعض النتائج التي خلصنا إليها من خلال دراسة موضوع نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي، والتي بينت بعض مواطن القصور في تشريعنا المستمد من الفقه الغربي، وهو القصور الذي أثبته التطبيق العملي للتقنين المدني.

وإنني، لا أخفي إعجابي بشتى مواضيع الفقه الإسلامي، وخاصة بنظرية العقد الموقوف التي اكتمل بناؤها وأحكمت صياغتها خصوصا، ولتدارك موضع النقص في تشريعاتنا، لا يسعني في ضوء هذه الدراسة المتواضعة إلا إيراد بعض الاقتراحات التي أراها كفيلة بالنهوض بالفقه الإسلامي، من جهة، ومن جهة أخرى، بالرقي بقانوننا.

وقد سبق للدكتور محمد سعيد جعفور استأذنا القدير في اقتراح بعض هذه النصوص، بصدد دراسته للنظرية العامة الإجازة. كما، سبق لنا، إلى جانبه في مؤلفنا تصرف الصبي المميز الدائر بين النفع والضرر أن أوصينا ببعض الاقتراحات.

وخاصة بعض النصوص المتعلقة بأهلية القاصر بعد إحداث القانون المدني رقم 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005، والمادة 79 منه بسريان قواعد الأهلية في فانون الأسرة على القصر وعلى المحجور عليهم.

الاقتراحات والتوصيات

إنه من جملة دراستي للقانون المدني الجزائري، وبالنظر إلى الملاحظات التي أبديتها في حينه على موقف المشرع الجزائري، فإنني اقترح عليه جملة من التعديلات:

اقترح بضرورة إجراء تعديل تشريعي في القانون المدني الجزائري فيما يخص مراحل العقد من حيث تقسيمه إلى: صحيح وباطل وموقوف، وعليه، تصبح حالات العقد القابل للإبطال في القانون الجزائري هي نفس حالات العقد الموقوف وهي تصرفات ناقص الأهلية ومعيب الإرادة والتصرفات في ملك الغير.

أحكام عامـــة

1- يكون العقد الصحيح موقوف النفاذ إذا تخلفت الولاية على محله أو على نوعه، و لا يترتب أي أثر من آثاره إلا بإجازته.

تصرفات ناقص الأهلية

2- ينعقد تصرف الصبي المميز المتردد بين النفع والضرر موقوفا على إجازته بعد بلوغه سن الرشد، أو إجازة وليه أو وصيه قبل ذلك.

3- تكون تصرفات السفيه وذي الغفلة الدائرة بين النفع والضرر موقوفة على الإجازة إذا صدرت بعد تسجيل قرار الحجر.أما التصرفات الصادرة قبل تسجيل الحجر فلا تكون موقوفة إلا إذا كانت نتيجة استغلال أو تواطؤ.

تصرفات معيب الإرادة

4- ينعقد تصرف معيب الإرادة بعيب الإكراه أو التدليس أو الغلط أو الاستغلال موقوفا على الإجازة بعد زوال العيب.

5- إذا رفض المكره العقد الذي اكره عليه بعد زوال الإكراه عنه زال واعتبر كأن لم يكن.

تصرفات الفضولي ومن في حكمه

نقترح تعديل نص المادة 397 ف أولى من (إذا اقر المالك البيع سرى العقد في حقه)، حيث لم توضح المادة الآثار التي تترتب على هذا الإقرار، هل يحل المالك محل البائع في مواجهة المشتري؟ أم ينظم إلى جانب البائع أم تبقى العلاقة كما هي بين البائع والمشتري. وحبذا لو المشرع وضع نصا يقطع هذا الخلاف، لما من هذه المسألة من أهمية. ونقترح النص كالآتي: (إقرار المالك هو انتقال ملكية المبيع إلى المشتري مع بقاء العلاقة التعاقدية بين البائع والمشتري كما كانت ما لم يتم الاتفاق على غير ذلك).

6- ينعقد تصرف الشخص في ملك غيره بدون إذنه موقوفا على إجازة مالكه.

7- إذا أقر المالك البيع أصبح العقد نافذا بحقه وبحق المشتري، وكذلك يصبح العقد نافذا في حق المشتري إذا أكتسب البائع ملكية المبيع بعد انعقاد البيع.

8- إذا جاوز الوكيل حدود الوكالة كان في حكم الفضولي في القدر الذي تجاوز فيه حدود الوكالة وينعقد تصرفه موقوفا إلا إذا أجازه الموكل.

9- من تصرف في ملك له تعلق به حق للغير، كان العقد موقوفا على إجازة هذا الغير.

10- إذا تصرف أكثر من فضولي في محل واحد، بأن يقوم فضولي ببيع الشيء، ويقوم آخر بهبته، ويقوم ثالث بإجارته، وأجاز المالك له واحدا من هذه التصرفات نفذ ما أجازه المالك وبطل ما عداه، أما إذا أجاز المالك كل هذه التصرفات نفذ الأقوى منها وبطل ما عداه.

لقد بنى المشرع الجزائري حكم بيع الشريك كل المال الشائع على النص الذي عالج مسألة بيع الشريك جزء مفرزا من المال الشائع، وعليه، قد فرق الفقهاء بين حالة علم وجهل المشتري بحالة الشيوع وقرروا أحكاما مختلفة وخاصة أن بيع المال الشائع كما هو واضح من تسميته من شأنه أن يقع على كل المال الشائع وبالتالي، قد يستطيع البائع أن يخلص هذا الملك لنفسه ثم ينقله إلى المشتري، فالحكم يكون بهذا الصدد يسير، على عكس حالة عدم استطاعة البائع من تخليص الملك لنفسه، في هذه الحالة اختلف الفقهاء في الحكم: فانقسموا إلى فريقين: فريق يمنح للمشتري حق الفسخ وفريق آخر يعطي حق الإبقاء على الملكية مع إنقاص الثمن.

لذلك نوصي المشرع الجزائري بإفراد نص قانوني خاص ينظم هذا النوع من البيوع، ولأنه لا يمكن إن يكون بيعا لملك الغير كما أوضحناه سابقا.

إجازة العقــد الموقوف

11- إذا أجيز العقد الموقوف نفذ مستندا إلى لحظة إنشائه، وتكون الإجازة في الانتهاء بمثابة الإذن في الابتداء.

12- يشترط لقبول الإجازة قبول التصرف لها ووجود من يملكها وقت انعقاد العقد.

13- تكون الإجازة صراحة أو باتخاذ موقف لا يدع مجالا للشك في الدلالة على لإجازة. ويكون السكوت إجازة إن دلت عليه ظروف الحال.

14- يستعمل الحق في الإجازة خلال سنة واحدة، يبدأ سريانها في حالة نقص الأهلية من الوقت الذي يزول فيها سبب نقصها أو من اليوم الذي يعلم فيه الولي بصدور العقد، وفي حالة الإكراه من يوم انقطاعه، وفي حالة التدليس أو الغلط أو الاستغلال من يوم اكتشاف العيب، وفي حالة انعدام الولاية على المحل أو نقصها فمن اليوم الذي يعلم فيه صاحب الحق فيها بصدور العقد. ويعتبر العقد نافذا إذا مضت مدة عام، ولم يصدر ما يدل على الإجازة أو الرفض.

15- يشترط فيمن له حق رفض الإجازة أن يكون كامل الأهلية، وذلك بأن يكون بالغا عاقلا رشيدا، حتى تصح عبارته وترتب الأثر المرجو منها، وهو زوال العقد واعتباره كأن لم يكن.

16- رفض الإجازة تصرف يصدر ممن له الحق في الرفض معلنا عن عدم رغبته فيما أقدم عليه الغير من تصرف، ويكون بكل ما يفهم من عدم الرغبة أو الموافقة من قول أو فعل أو غير ذلك من وسائل الرفض.

17- إذا رفض المجيز تصرف الفضولي وجب على الفضولي رد العين المتصرف فيها إذا كانت موجودة، أما إذا هلكت فعليه ضمانها، لأنه وضع يده على مال الغير بدون إذن ولا ولاية شرعية، فيعامل معاملة الغاصب. يجب على الفضولي رد نماءات المغصوب إلى مالكها، وان تلفت في يده فيجب عليه ضمانها، على الرأي الراجح عند الفقهاء.

18- إن الوصية لغير وارث موقوفة على إجازة الورثة إذا تجاوزت ثلث التركة. أما الوصية لوارث فموقوفة على إجازة باقي الورثة، فإن أجازوها نفذت وأن ردوها بطلت.

19- إذا أذن المرتهن للراهن بالتصرف بالعين المرهونة ببيع أو نحوه، بطل حق المرتهن من الاستيثاق لدينه لأنه تنازل عن حقه في الاستيثاق لديه. أما إذا تصرف الراهن بالعين المرهونة بغير إذن المرتهن فان تصرفه موقوف على إجازة المرتهن.

20- يجوز للكافل أن يوصي للمكفول بماله في حدود الثلث، وإن أوصى بأكثر من ذلك كان موقوفا على إجازة الورثة.

21- بيع المريض مرض الموت شيء من ماله لأحد ورثته لا ينفذ ما لم يجزه باقي الورثة بعد موت المورث. أما بيع المريض مرض الموت لأجنبي بثمن المثل أو بغبن يسير يكون نافذ في حدود الثلث لا يتوقف على إجازة الورثة، أما إذا جاوز زيادة قيمة المبيع على الثمن ثلث التركة فيكون موقوفا على إجازة الورثة.

22- إن تصرفات المدين المحجور عليه الضارة بالغرماء كالهبة أو الدائرة بين النفع والضرر كالبيع موقوفة على إجازة الغرماء. أما تصرفاته غير المالية كنكاحه وطلاقه لا تدخل تحت طائلة الحجر.

23- إن تصرف المؤجر بالعين المؤجرة أثناء مدة الإيجار موقوف على إجازة المستأجر.

هذه بعض الاقتراحات لبعض النصوص من اجل سد النقص ورفع التناقض بين مجمل نصوص القانون المدني الجزائري واعتناقا لأحكام الفقه الإسلامي في العقود.

ونود تقديم مجموعة من التوصيات العملية في ختام هذا البحث.

التوصيات:

نرى الأخذ بمصطلح التصرف الموقوف بدلا من الأخذ بقابلية العقد للإبطال في التصرفات، لأن في وقف التصرف على الإجازة حماية، إذ أن آثار التصرف تبدأ في النفاذ بعد صدور الإجازة من صاحب الحق فيها.

لكن قابلية الإبطال يؤدي إلى مشقة خاصة إذا كان رتبت على التصرف عقودا أخرى إلى أطراف أخرى، لأنه في حالة ما إذا تمسك صاحب الحق بحقه بالإبطال، فإن الأمر يؤدي إلى زوال جميع التصرفات وإعادة الطرفين إلى ما كان عليه قبل التعاقد وما ينجم من صعوبات. في حين نرى الأخذ بالعقد الموقوف على الإجازة يغنينا عن كل ذلك.

1- نطالب بأن تتوحد الأنظمة العربية والإسلامية في تحديد سن التمييز بسبع سنوات بدلا من ثلاثة عشر سنة في القانون الجزائري واثنى عشرة سنة في القانون المغربي وعشر سنوات في القانون اليمني لأن في طول هذا السن قد يكون تعنت وإجحاف في منع تصرف الصبي المميز قبل بلوغه السن المحدد قانونا، غير أن سن السبع سنوات هي سن التمييز حيث تبدأ فيها مرحلة التعليم للطفل في كل أموره.
2- نطالب أيضا بتوحيد السن القانوني لبلوغ سن الرشد بتسعة عشرة سنة بدلا من إحدى عشرة سنة في القانون المصري والكويتي والليبي وخمسة عشرة في القانون اليمني.
3- الاهتمام بنظرية الفقه الإسلامي في تقسيم التصرفات من حيث الصحة والبطلان والاستفادة منها في فكرة العقد الموقوف.
4- ضرورة اهتمام الجهات المختصة في الجزائر بنشر أحكام محكمة النقض الجزائرية بطريقة علمية وأن يقوم المكتب التابع لها بدوره في هذا المجال ويفضل تشكيل لجنة في هذا المكتب خاصة بهذه المهمة.

ولا يسعنا في الختام، إلا الأمل أن تكون محاولتنا هذه لبنة صغيرة تساهم في بناء الفكر القانوني في بلادنا. فإن كنا، في ذلك، مخطئين فجل من لا يخطئ، وحسبي أني قد بذلت الجهد وأني بشر معرض للخطأ والصواب، وإن كنا مقصرين، فإن القصد يشفع لنا، ونبل الغاية يخفف من ثقل العتاب، وأسأل الله تعالى أن يغفر لي خطيئتي ويؤجرني على ما بذلت من جهد، كما أسأله أن يجعل ذلك في ميزان حسناتي ويغفر لي ولجميع المؤمنين والمؤمنات، سبحان ربك رب العزة عما يصفون وسلام على المرسلين والحمد لله رب العالمين.

والحمد لله رب العالمين وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم

قائمة المصادر والمراجع[1]

أولا – باللغــة العربيــة:

I – المصادر:

أ- القرآن الكريم

ب- كتب التفسير:

1. **القرطبي (671هـ):** الجامع لأحكام القرآن (المشهور بتفسير القرطبي)، للعلامة أبي عبد الله محمد بن احمد الأنصاري القرطبي، أعاد طبعه دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1965.

ج- كتب الحديث:

1. **مالك (174هـ):** الموطأ، للإمام مالك بن أنس، صححه ورقمه وخرج أحاديثه وعلق عليه: محمد فؤاد عبد الباقي، المكتبة الثقافية، بيروت، 1988.
2. **البخاري (256هـ):** صحيح البخاري للإمام أبي عبد الله محمد بن إسماعيل بن إبراهيم البخاري بن المغيرة بن برزدية البخاري الجعفي، عن طبعة دار الطباعة باستنبول، المجلد الثاني، دار الفكر، د.ب.ن، د.س.ن.
3. **مسلم (261هـ):** صحيح مسلم، للإمام أبي الحسين مسلم بن الحجاج الفشري النيسابوري، بتحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، دار الحديث، القاهرة، 1991.
4. **أبو داود (275هـ):** سنن أبي داود، للإمام الحافظ أبي دارد سليمان بن الأشعب السجستاني الأزهدي، بتحقيق محمد محي الدين عبد الحميد، المكتبة العصرية، بيروت، لبنان، د.س.ن.
5. **الترمذي (297هـ):** الجامع الصحيح وهو سنن الترمذي، لأبي عيسى محمد بن عيسى بن سورة، ج3، بتحقيق أحمد محمد فؤاد عبد الباقي، مكتبة ومطبعة الباي الحلبي، مصر، د.س.ن.

---

1 – سنتبع في ترتيب المراجع الشرعية ((التفسير والحديث ومذاهب الفقه الإسلامي)) بترتيب المؤلفات حسب تاريخ وفاة أصحابها، أما بالنسبة للمراجع الشرعية الحديثة والمراجع القانونية فنرتب أسماء المؤلفين فيها بحسب الترتيب الألفبائي.

6. **الشوكاني (1250هـ)**: نيل الأوطار بشرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الإخبار، للإمام محمد بن علي الشوكاني، طبعه مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر، 1347هـ.

د – كتب أصول الفقه والقواعد الفقهية:

1. **السيوطي** (911هـ): الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية للإمام جلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي، دار الكتب العلمية، بيروت–لبنان، د.س.ن.
2. **القرافي** (684هـ): الفروق، للإمام شهاب الدين أبي العباس الصنهاجي المشهور بالقرافي، ج2، ج3، عالم الكتب، بيروت–لبنان، د.س.ن.

هـ – مصادر الفقه الإسلامي بمذاهبه المختلفة:

– الفقـــه الحنفي:

1. **ابن قاضي سماوه (823هـ)**: جامع الفصولين للشيخ محمود بن إسماعيل الشهير بابن قاضي سماوه الحنفي، ج1، 2، المطبعة الأزهرية، 1300هـ.
2. **ابن نجيم (970هـ)**: البحر الرائق شرح كنز الدقائق للعلامة زين الدين إبراهيم بن محمد ابن نجيم، ج2، 5، 6، 7، 8، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت–لبنان، د.س.ن.
3. ـــــــــــــــــ: الاشتباه والنظائر، للشيخ زين العابدين بن إبراهيم، باعتناء: عبد العزيز محمد الوكيل، مؤسسة الحلبي وشركاؤه للنشر والتوزيع، د.ب.ن، 1387هـ/1968م.
4. **البابراتي (786هـ)**: العناية على الهداية للإمام أكمل الدين أحمد بن محمود البابرتي مطبوع بهامش فتح القدير، ج6، دار الفكر، د.ب.ن، د.س.ن.
5. **الرملي (1081هـ)**: حاشية الرملي على جامع الفصولين المسماة اللالئ الدرية في الفوائد الخيرية، للعلامة خير الدين بن أحمد بن علي الرملي، ج2، د.د.ن، د.ب.ن، د.س.ن.
6. **الزيلعي (742هـ)**: تبيين الحقائق وهو شرح كنز الدقائق، للعلامة فخر الدين بن علي الزيلعي الحنفي، ج 4، 5، دار الكتاب الإسلامي، د.ب.ن، 1314هـ.

7. **السرخسي (483هـ):** المبسوط للإمام شمس الدين محمد بن أحمد السرخسي، ج1، 4، 6، 11، 12، 13، 14، 20، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت–لبنان، د.س.ن.
8. الشيخ نظام وجماعة من علماء الهند (حوالي 1070هـ): الفتاوي الهندية المسماة الفتاوى العالمكيريه في مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان ألفها جماعة من علماء الهند برئاسة الشيخ نظام استجابة لأمر السلطان المظفر محي الدين، ج1، 3، ط3، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان 1400هـ/1980م.
9. **علاء الدين الكاساني (587هـ):** بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع للإمام علاء الدين أبي بكر مسعود الكاساني، الملقب بملك العلماء، ج2، 3، 4، 5، 6، 7، 10، ط3، دار الكتب العلمية، بيروت–لبنان، 1406هـ/1986م.
10. **الميرغيناني (593هـ):** الهداية شرح بداية المبتدئ، للعلامة شيخ الإسلام برهان الدين علي بن أبي بكر الميرغيناي، ط الأخيرة، ج3، مكتبة ومطبعة مصطفى الباب الحلبي وأولاده، مصر، د.س.ن.
11. **الكمال بن الهمام (861هـ):** شرح العناية على الهداية للإمام البابرتي، ج7، ط2، د.د.ن، مصر، 1316هـ.
12. _____: من شرح فتح القدير للإمام كمال الدين محمد بن عبد الواحد بن عبد الحميد بن مسعود السيواسي السكندري المعروف بابن الهمام، ج3، 4، 5، 6، 7، 8، 10، مكتبة ومطبعة مصطفى الباب الحلبي وأولاده، مصر، د.س.ن.
13. _____: الهداية على شرح المبتدئ للميرغيناني، ج 2، 3، 5. مكتبة ومطبعة مصطفى الباب الحلبي وأولاده، مصر، د.س.ن.
14. **محمد أمين بن عابدين (1252هـ):** حاشية رد المختار على الدر المختار حاشية بن عابدين للعلامة محمد أمين بن عمر السيد المعروف بابن عابدين، ج3، 4، 5، 6، 7، دار إحياء التراث العربي، بيروت–لبنان، د.س.ن.

– تقنينات مستمدة من الفقه الحنفي:

1. مجلة الأحكام العدلية: الصادرة بالدولة العثمانية سنة 1876، مستمدة من التقنين المدني العثماني، والذي طبق في أغلب الدول العربية ومنها المملكة الأردنية الهاشمية مطبوعة مع درر الحكام لعلي حيدر.

2. مرشد الحيران: لقدري باشا، معرفة أحوال الناس على مذهب أبي حنيفة النعمان، باعتناء الدكتور صلاح الدين الناهي، دار العربية للتوزيع والنشر، عمان الأردن، 1407هـ/1987م.

- تقنينات مستمدة من الفقـــه المالكي:

1. **ابن الرشد (595هـ):** بداية المجتهد ونهاية المقتصد للإمام القاضي أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن محمد بن احمد بن رشد القرطبي، ط5، ج2، 1981.
2. **ابن جزئ (741هـ):** قوانين الأحكام الشرعية ومسائل الفروع الفقهية لمحمد بن جزئ الغرناطي المالكي، عالم الفكر، 1985.
3. **الحطاب (954هـ):** مواهب الجليل لشرح مختصر خليل للعلامة أبي عبد الله محمد بن محمد الرحمن المغربي المعروف بالحطاب، ط3، ج4، 5، 6، دار الفكر، د.ب.ن، 1412هـ/1993م.
4. **الخرشي (1101هـ):** شرح الخرشي علي مختصر سيدي خليل للعلامة أبي عبد الله محمد الخرشي، ج4، 5، 6، 7، 8، دار صادر، بيروت – لبنان، د.س.ن.
5. **الدردير (1201هـ):** الشرح الصغير للعلامة أبي البركات احمد بن محمد بن أحمد الدردير، ج3، دار المعارف، د.ب.ن، د.س.ن.
6. ـــــــــــــــــ: الشرح الكبير على حاشية الدسوقي لأبي البركات احمد الدردير، ج3، 4، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، د.ب.ن، د.س.ن.
7. **الدسوقي (1230هـ):** حاشية الدسوقي على شرح الكبير للعلامة شمس الدين محمد بن محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي، ج2، 3، دار الفكر للطباعة والتوزيع، وهي مصورة عن طبعة دار إحياء الكتب العربية، بمصر، د.س.ن.
8. **العدوي (1193هـ):** حاشية العدوي على الخرشي، للعلامة الشيخ علي العدوي، مطبوع بهامش شرح الخرشي السالف ذكره، ج 5 بهامش شرح الخرشي، د.د.ن، د.ب.ن، د.س.ن.
9. **مالك (179هـ):** المدونة الكبرى للإمام مالك بن أنس الأصبحي برواية سحنون، ج6، 14، القاهرة، 1323 هـ.

- الفقـــه الشافعي:

1. **الخطيب الشربيني (977هـــ):** مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج للشيخ محمد بن أحمد الخطيب الشربيني، ج2، وج3، دار الفكر، دار المعرفة للطباعة بيروت، لبنان، د.س.ن.
2. **الرملي (1004هـــ):** نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج للعلامة شمس الدين محمد بن أبي العباس احمد بن حمزة بن شهاب الدين الرملي، ج2، 3، 4، 5، 6، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، 1404هـــ/1984م.
3. **الشافعي (204هـــ):** الأم، للإمام أبي عبد الله محمد بن إدريس الشافعي، أشرف على طبعه وباشر تصحيحه محمد زهدي النجار، ط2، ج1، 3، 4، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت – لبنان، 1393هـــ/1973م.
4. **الشيرازي (476هـــ):** المهذب في فقه الإمام الشافعي للإمام أبي إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي، ج1، وج9، مطبعة عيسى الباب الحلبي وشركاؤه، مصر، د.س.ن.
5. **النووي (676هـــ):** كتاب المجموع للإمام أبي زكريا محي الدين أبي شرف النووي، حققه وعلق عليه محمد نجيب المطيعي، ج8، 9، مكتبة الإرشاد، جدة – السعودية، د.س.ن.

- الفقـــه الحنبلي:

1. **ابن القيم (751هـــ):** زاد المعاد في هدي خير العباد، للإمام شمس الدين أبي عبد الله محمد بن أبي بكر الزرعي الدمشقي المعروف بابن قيم الجوزية، ج5، ط15، مكتبة المنار الإسلامية، الكويت، 1407هـــ/1987م.
2. **ابن قدامة (620هـــ):** الشرح الكبير، ج3، 4، 6، 7، دار الكتاب العربي للنشر والتوزيع، دون ذكر مكان النشر، د.س.ن.
3. _____: المغني على مختصر الخرفي للإمام العلامة موفق الدين أبي عبد الله محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، ضبطه وصححه عبد السلام محمد علي شاهين، ج1، 3، 4، 5، 6، 7، 8، دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان، د.س.ن.

4. **البهوتي (1051هـ):** كشاف القناع عن متن الاقتناع، للعلامة منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، مراجعة الشيخ هلال مصيلحي مصطفى هلال، عالم الكتب، بيروت، 1403هـ/1983م.

- الفقه الزيدي:

1. **ابن المظفر (875هـ):** البيان الشافي، المنتزع من البرهان الكافي، للقاضي العلامة عماد الدين يحي بن احمد بن مظفر، طبع تحت إشراف مكتبة غمضان لإحياء التراث اليمني- الناشر: مجلس القضاء الأعلى، ج2، صنعاء، 1404هـ/1984م.
2. **ابن مفتاح (877هـ):** المنتزع المختار، ويسمى شرح الأزهار، للعلامة أبي الحسن عبد الله ابن مفتاح، طبعة مصورة لوزارة العدل اليمنية عن ج3، مصر، 1340هـ.
3. **المرتضي (840هـ):** كتاب البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار للإمام بن يحي بن مرتضي، ج6، دار الحكمة اليمانية، صنعاء، د.س.ن.

- الفقه الإمامي:

1. **الحلبي (676هـ):** المختصر النافع للشيخ أبو القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن الحلبي، مطابع دار الكتاب العربي، وزارة الأوقاف، دار الثقافة، مصر، د.س.ن.

- الفقه الظاهري:

1. **ابن حزم (456هـ):** المحلي للعلامة أبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم، ج7، 8، تحقيق لجنة إحياء التراث العربي في دار الآفاق الجديدة، بيروت- لبنان، د.س.ن.

II – المراجع:

أ - مراجع اللغة- القواميس

1. المعجم الوسيط، إخراج إبراهيم أنيس والدكتور عبد الحليم المنتصر وعطية الصوالحي ومحمد خلف أحمد، ط2، د.ب.ن، د.س.ن.

2. المقرئ، المصباح المنير للعلامة أحمد بن محمد بن علي الفيومي، ج1، 2، المقرئ المكتبة العصرية، صيدا–بيروت، لبنان، د.س.ن.

ب– المراجع الحديثـــة في الفقه الإسلامي

1 – المراجع العامـــة:

2. **أحمد إبراهيم إبراهيم:** كتاب المعاملات الشرعية، ط3، د.ب.ن، 1355هـــ– 1963م.
3. **أحمد أبو الفتح:** مختصر كتاب المعاملات في الشريعة الإسلامية والقوانين المصرية، ج1، ط2، مطبعة النهضة، القاهرة، 1923م.
4. **أحمد بن علي بن حجر العسقلاني:** فتح الباري شرح صحيح البخاري، دار المعرفة، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي ومحب الدين الخطيب، باب البيوع، ج 9، بيروت، 1379هـــ.
5. **أحمد فراج حسين:** الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1999.
6. **بدران أبو العينين بدران:** الشريعة الإسلامية، تاريخها ونظرية الملكية والعقود، القاهرة، مصر، 1986.
7. **جهاد محمود عيسى الأشقر:** أحكام الدين في الفقه الإسلامي، مكتبة الإيمان، المنصورة، د.ب.ن، 2007.
8. **حسن أيوب:** فقه المعاملات المالية في الإسلام، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة، الإسكندرية، ط3، القاهرة، 2006.
9. **عبد الحكيم على المغربي:** المعاملات في الفقه الإسلامي، ط2، دار الطباعة المحمدية، الأزهر، القاهرة، 1982.
10. **عبد الرحمان بن محمد عوض الجزيري:** كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، مجلد3، مكتبة الإيمان بالمنصورة أمام جامعة الأزهر، القاهرة، 1419هـــ/1999م.
11. **عبد الرزاق السنهوري:** مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج4 و5، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، د.ب.ن، د.س.ن.
12. **عبد المجيد مطلوب:** النظريات العامة في الفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1959.

13. **عبد المنعم عبدة البرعي:** فساد المعاملات الجارية وأثرها في الحرية الاقتصادية، دراسة فقهية مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007.
14. **علي الخفيف:** أحكام المعاملات الشرعية، ط4، مطبعة السنة المحمدية، القاهرة، 1952.
15. **محمد أبو زهرة:** الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية القاهرة: دار الفكر، القاهرة، مدينة نصر، 1996.
16. **محمد حسن قاسم:** مبادئ القانون: المدخل إلى القانون: الالتزامات، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، القاهرة، 2002.
17. **محمد حسنين:** نظرية بطلان العقد في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة بالقانون الوضعي، المؤسسة الوطنية للكتاب، د.ب.ن، 1985.
18. _____: عقد البيع في القانون المدني الجزائري، ط2، ديوان المطبوعات الجامعية، 1990.
19. **محمد سعيد جعفور:** الخيارات العقدية في الفقه الإسلامي كمصدر للقانون المدني الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر، 1998.
20. _____: تصرفات ناقص الأهلية في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، دار هومة، الجزائر، 2002.
21. _____: نظرية عيوب الإرادة في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر، 2002.
22. _____: نظرات في صحة العقد وبطلانه في القانون المدني والفقه الإسلامي، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر، 2003.
23. **محمد سلام مدكور:** المدخل للفقه الإسلامي تاريخه ومصادره ونظرياته العامة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1960.
24. **محمد لبيب شنب:** شرح أحكام عقد البيع، دار النهضة العربية، القاهرة، 1975.
25. _____: دروس في نظرية الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة–مصر، 1990.
26. **محمد محمد فرحات:** المدخل لدراسة الفقه الإسلامي، تاريخ التشريع ونظرية العقد، دار النهضة العربية، د.ب.ن، 1998– 1999.

27. **محمد مصطفى شلبي:** المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي وقواعد الملكية والعقود فيه، دار النهضة العربية، بيروت، 1985.
28. **محمد نجيب عوضين المغربي:** نظرية العقد في الفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، 2003.
29. **مصطفى أحمد الزرقا:** الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد، دار الفكر، دمشق، سوريا، 1967 – 1968.
30. **وهبة الزحيلي:** العقود المسماة في قانون المعاملات المدنية الإماراتي والقانون المدني الأردني، دار الفكر، د.ب.ن، د.س.ن.
31. _____: الفقه الإسلامي وأدلته، ج4، ط2، دار المكتبي، الجزائر، 1991.
32. _____: موسوعة الفقه الإسلامي المعاصر، دار المكتبي، ج7، ط2، د.ب.ن، 2008.

2 – المراجـــع القانونية:

أ/ الكتب:

1. **إبراهيم الدسوقي أبو الليل:** العقد غير اللازم، دراسة مقارنة معمقة في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، كلية الحقوق، جامعة الكويت، 1994.
2. **أحمد حسن قدادة:** الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، ج4: عقد البيع، ط4، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005.
3. **أحمد شوقي محمد عبد الرحمن:** إجازة العقد القابل للإبطال، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، مصر، 1983.
4. **أحمد علي علي مدكور:** تصرف الفضولي: دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، د.د.ن، د.ب.ن، د.س.ن.
5. **أحمد فراج حسين:** أحكام الوصايا والأوقاف في الشريعة الإسلامية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2005.
6. **آدم وهيب النداوي:** شرح القانون المدني، العقود المسماة في القانون المدني: البيع والإيجار، قانون المالكين المستأجرين، رقم11، د.ب.ن، 1994.
7. **إسماعيل غانم:** النظرية العامة للالتزام، ج2: أحكام الالتزام والإثبات، مكتبة عبد الله وهبة، مصر، د.س.ن.

8. **إسماعيل غانم:** النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، مكتبة عبد الله وهبة، مصر، القاهرة، 1968.
9. **إلياس ناصف:** موسوعة العقود المدنية والتجارية، ج7، ط2، د.د.ن، د.ب.ن، د.س.
10. **أمجد محمد منصور:** النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دراسة في القانون المدني الأردني والمصري والفرنسي ومجلة الأحكام العدلية والفقه الإسلامي مع التطبيقات القضائية لمحكمتي النقض والتمييز، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2001.
11. **أنور العمروسي:** العقود الواردة على الملكية في القانون المدني (البيع، المقايضة، الهبة، الشركة، القرض والدخل الدائم، الصلح)، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2002.
12. **أنور سلطان:** الموجز في النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 1998.
13. _____: شرح عقد البيع والمقايضة، مطبعة دار نشر الثقافة، الإسكندرية، د.س.ن.
14. _____: مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2007.
15. **أنور طلبة:** العقود الصغيرة الهبة والوصية، دار الفتح للتجليد الفني، الإسكندرية، مصر، د.س.ن.
16. _____: عقد الإيجار، المكتب الجامعي الحديث، إسكندرية، 1998.
17. **أنور محمود دبور:** النظرية العامة لتأثير مرض الموت في العقود في الفقه الإسلامي والقانون المدني المصري، دار الثقافة العربية، القاهرة، 2006.
18. **توفيق حسن فرج:** النظرية العامة للالتزام، ج 1: مصادر الالتزام، ط2، د.ب.ن، 1980-1981.
19. _____: الحقوق العينية الأصلية، مؤسسة الثقافة الجامعية، د.ب.ن، 1983.

20. **جمال خليل النشار:** تصرف الشريك في المال الشائع وأثره على حقوق الشركاء دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية–القاهرة، 1999.
21. **جمال مرسي بدر:** النيابة في التصرفات القانونية، طبيعتها وأحكامها وتنازع القوانين فيها، الهيئة المصرية العامة للكتاب، د.ب.ن، 1980.
22. **جميل الشرقاوي:** النظرية العامة للالتزام: الكتاب الأول، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1981.
23. _____: شرح العقود المدنية: البيع والمقايضة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1991.
24. **حسن محمد بودي:** حقوق الغير في العقود المالية في الفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة، القاهرة، 2004.
25. **خليل أحمد قداد:** الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، ج2، ط2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1992.
26. **خميس خضر:** العقود المدنية الكبيرة "البيع والتامين والإيجار"، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1984.
27. **رمضان أبو السعود:** الموجز في عقد الإيجار، منشأة المعارف بالإسكندرية، مصر، 1996.
28. _____: شرح العقود المسماة في عقدي البيع والمقايضة، دار المطبعات الجامعية، الإسكندرية، 2000.
29. _____: الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، أحكامها ومصادرها، دار الجامعة الجديدة، الأزباطية، د.ب.ن، 2004.
30. _____: أحكام الالتزام، دار الجامعة الجديدة، الأزباطية، 2004.
31. **رمضان جمال كمال:** أحكام بيع ملك الغير وبيع المال الشائع، فقها وقضاء، دار الألفي القانونية بالمنيا، 2007.
32. **زهدي يكن:** شرح قانون الموجبات والعقود، ج9، إيجار الأشياء–عقد الإيجار، د.د.ن، د.ب.ن، د.س.

33. **سلامة عبد الفتاح حليبة:** أحكام الوضع الظاهر في عقود المعاوضات المالية في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي في الفقه المقارن، دار الجامعة الجديدة للنشر، د.ب.ن، 2005.

34. **سليمان مرقس:** الوافي في شرح القانون المدني، ج3، المجلد الأول: العقود المسماة، عقد البيع، ايريني للطباعة شبرا، ط5، د.ب.ن، 1990.

35. _____: الوافي في شرح القانون المدني: العقود المسماة، ج3، المجلد الثاني، عقد الإيجار، د.ب.ن، 1990.

36. **سمير عبد السيد تناغو:** التأمينات الشخصية والعينية، منشاة المعارف بالإسكندرية، مصر، 1975.

37. _____: عقد البيع، دار منشأة المعارف، الإسكندرية، 2005.

38. **سي يوسف زاهية:** عقد الرهن الرسمي، دار الأمل للنشر، الجزائر، 2006.

39. **صلاح الدين محمد شوشاري:** نظرية العقد الموقوف في القانون المدني الأردني، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان–الأردن، 2001.

40. **عبد الحكم فودة:** البطلان في القانون المدني والقوانين الخاصة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1993.

41. **عبد الخالق حسن احمد:** الوجيز في شرح قانون المعاملات الإماراتي، ج1، ط3، د.ب.ن، 1999.

42. **عبد الرزاق السنهوري:** الوسيط في شرح القانون المدني: نظرية الالتزام: ج1، مصادر الالتزام، دار إحياء التراث العربي، بيروت–لبنان، 1952.

43. _____: الوسيط في شرح القانون المدني: ج3، نظرية الالتزام بوجه عام: الأوصاف، الحوالة، الانقضاء، دار إحياء التراث العربي، د.ب.ن، 1958.

44. _____: الوسيط في شرح القانون المدني: ج4، المجلد الأول، البيع والمقايضة، دار إحياء التراث العربي، بيروت–لبنان، د.س.ن.

45. _____: الوسيط في شرح القانون المدني: ج5، الهبة والشركة والقرض والدخل الدائم والصلح، دار إحياء التراث العربي، بيروت–لبنان، د.س.ن.

46. **عبد الرزاق السنهوري:** الوسيط في شرح القانون المدني: ج6، الإيجار والعارية، دار إحياء التراث العربي، بيروت–لبنان، د.س.ن.

47. _____: الوسيط في شرح القانون المدني: ج7، العقود الواردة على العمل، المقاولة والوكالة والوديعة والحراسة، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 1964.

48. _____: الوسيط في شرح القانون المدني: ج8، حق الملكية، دار إحياء التراث العربي، بيروت–لبنان، 1967.

49. _____: الوسيط في شرح القانون المدني، ج10، التأمينات الشخصية والعينية، دار إحياء التراث العربي، بيروت–لبنان، 1970.

50. _____: نظرية الالتزام بوجه عام: الإثبات، آثار الالتزام، ج2، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، د.س.ن.

51. _____: نظرية العقد، ج1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 1998.

52. **عبد الرزاق حسن فرج:** نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي: دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1969.

53. **عبد السلام أحمد فيغو:** التصرفات الصادرة من المريض مرض الموت، دراسة فقهية قانونية مقارنة، ط2، د.ب.ن، 2010.

54. **عبد السيد أحمد عبد الله:** إبرام العقد في قانون المعاملات المدنية الإماراتي: دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995.

55. **عبد الفتاح عبد الباقي:** عقد الإيجار، الأحكام العامة، ج 1، مطابع دار الفكر العربي، مصر، د.س.ن.

56. _____: نظرية العقد والإرادة المنفردة، د.د.ن، د.ب.ن، 1984.

57. **عبد القادر الفار:** مصادر الالتزام، مصادر الحق الشخصي في القانون المدني، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2004.

58. **عبد الكريم زيدات:** الكفالة والحوالة في الفقه المقارن، المكتب الإسلامي، د.ب.ن، 1975.

59. **عبد المجيد الحكيم:** الموجز في شرح القانون المدني العراقي، جامعة بغداد، د.د.ن، د.ب.ن، د.س.ن.

60. **عبد المجيد الحكيم:** الكافي- شرح القانون المدني الأردني والقانون المدني العراقي والقانون المدني اليمني: ج1، مصادر الالتزام، د.د.ن، د.ب.ن، 1993.

61. **عبد المنعم البدراوي:** التأمينات العينية، مكتبة سيد عبد الله وهبة بالقاهرة، مصر، د.س.ن.

62. _____: النظرية العامة للالتزامات: مصادر الالتزام، ج1، د.د.ن، د.ب.ن، 1971.

63. _____: العقود المسماة: الإيجار والتأمين، دار النهضة العربية، القاهرة، 1986.

64. **عبد المنعم فرج الصدة:** نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، ج1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1974.

65. **عبد الودود يحي:** الموجز في النظرية العامة للالتزامات، ج1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1982.

66. **عدنان إبراهيم السرحان:** شرح القانون المدني: العقود المسماة، المقاولة، الوكالة، الكفالة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2007.

67. **عدنان إبراهيم السرحان، نوري محمد خاطر:** شرح القانون المدني الأردني: مصادر الحقوق الشخصية، دراسة مقارنة، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان-الأردن، 2000.

68. **العربي بلحاج:** النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري: ج2، التصرف القانوني، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1995.

69. **عزت كامل:** الوجيز في تصرفات المريض مرض الموت، دراسة فقهية قضائية معلقا عليها بأحكام محكمة النقض، سعد سمك للمطبوعات القانونية والاقتصادية، القاهرة، 2000.

70. **علي علي سليمان:** ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1992.

71. **علي فيلالي:** الالتزامات: النظرية العامة للعقد، دار المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001.

72. **عوض أحمد الزعبي:** المدخل إلى علم القانون، ط3، دار وائل للنشر، د.ب.ن، 2007.

73. **غسان رباح:** الكفالة في ضوء الفقه والاجتهاد، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت–لبنان، 2009.
74. **الغوثي بن ملحة:** القانون القضائي الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،2001.
75. **كمال حمدي:** الأحكام الموضوعية في الولاية على المال: القاصر، الولاية، الوصاية، الحجر، الغيبة، المساعدة القضائية، منشأة المعارف، الإسكندرية، د.س.ن.
76. **لاشين محمد يونس الغيالي:** بيع ملك الغير في القانون المدني والفقه الإسلامي، مكتبة جامعة طانطا، د.ب.ن، 1983.
77. **محمد أبو زهرة:** شرح قانون الوصية، دار الفكر العربي، د.ب.ن، 1978.
78. **محمد بن أحمد تقية:** دراسة الهبة في قانون الأسرة الجزائري مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية والقانون المقارن، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2003.
79. **محمد بن عبد القادر:** الطبيعة القانونية لدعوى عدم نفاذ تصرفات المدين على دائنيه، د.د.ن، القاهرة، 1995.
80. **محمد حسن قاسم:** الموجز في عقد البيع، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 1996.
81. _____: موجز الحقوق العينية الأصلية: ج1، حق الملكية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت–لبنان، 2006.
82. **محمد حسنين:** نظرية بطلان العقد في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالقانون الوضعي، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1988.
83. _____: عقد البيع المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1990.
84. **محمد زهدور:** الوصية في القانون المدني الجزائري والشريعة الإسلامية، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1991.
85. **محمد سراج:** نظرية العقد في الفقه الإسلامي: دراسة فقهية مقارنة، مكتبة سعد سمك للنسخ والطباعة، د.ب.ن، د.س.ن.
86. **محمد سعيد جعفور، فاطمة إسعد:** التصرف الدائر بين النفع والضرر في القانون المدني الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر، 2002.

87. **محمد صبري السعدي:** شرح القانون المدني الجزائري: النظرية العامة للالتزامات: مصادر الالتزام–التصرف القانوني، ج1، العقد والإرادة المنفردة، ط2، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2004.

88. **محمد قاسم:** الموجز في عقد البيع، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 1996.

89. **محمد محي الدين إبراهيم سليم:** أحكام شروط البيع بين القانون المدني والفقه الإسلامي: دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2007.

90. **محمد وحيد الدين سوار:** التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالفقه الغربي، جامعة القاهرة، مكتبة النهضة المصرية، القاهرة، 1960.

91. _____: النظرية العامة للالتزام، ط8، منشورات جامعة دمشق، 1995.

92. _____: شرح القانون المدني الأردني: الحقوق العينية والأصلية، أسباب كسب الملكية، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان–الأردن، 1999.

93. **محمد يوسف الزغبي:** العقود المسماة، شرح عقد البيع في القانون المدني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2004.

94. **محمدي زواوي فريدة:** المدخل للعلوم القانونية: نظرية الحق، دون ذكر مكان النشر، 1997.

95. **محمود جمال الدين زكي:** التأمينات الشخصية والعينية، ط3، دار الكتاب الحديث مطابع دار الشعب بالقاهرة، 1979.

96. **محمود رضا الخضيري:** تطبيق القانون في الدعاوي المدنية: دعويا صحة التعاقد وصحة التوقيع، د.د.ن، د.ب.ن، 1989.

97. **منصور مصطفى منصور:** مذكرات في القانون المدني، العقود المسماة: البيع والمقايضة والإيجار، دار المعارف، مصر، 1956–1957،

98. **نبيل إبراهيم سعد:** العقود المسماة، البيع، ج1، دار النهضة العربية للطباعة النشر، لبنان، د.س.ن.

99. **نبيل إبراهيم سعد، محمد حسين منصور:** أحكام الالتزام، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2002.

100. **نبيل صقر:** تصرفات المريض مرض الموت، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، عين مليلة–الجزائر، 2008.

101. **هائل حزام مهيوب العامري:** نظرية الإكراه المدني بين الشريعة والقانون: دراسة مقارنة، المكتب الجامعي الحديث، د.ب.ن، 2005.

102. **هدى عبد الله:** دروس في القانون المدني، العقد، ج2، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2008.

103. **ياسين محمد الجبوري:** المبسوط في شرح القانون المدني، ج1: مصادر الحقوق الشخصية، المجلد الأول: نظرية العقد، القسم الثاني: مراتب انعقاد العقد، دراسة موازنة في القانون المدني الأردن والفقه الإسلامي مع الإشارة إلى القانون المدني العراقي والمصري والفرنسي، جامعة آل البيت، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2002.

104. **يوسف عبيدات:** الحقوق العينية الأصلية والتبعية، دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة، الأردن، 2011.

ب/ الرسائـــل والمذكرات الجامعية

– رسائل الدكتوراه

1. **جميل الشرقاوي:** نظرية بطلان التصرف القانوني في القانون المدني المصري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1953.
2. **رمضان إبراهيم شحاتة القليي:** العقد غير اللازم في الفقه الإسلامي: أسبابه، آثاره، رسالة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، دون تاريخ المناقشة.
3. **شوقي محمد صالح:** نظرية الظاهر في القانون المدني، رسالة دكتوراه، جامعة حلوان، دار الفكر، مصر، 2002.
4. **طاهر معتمد خليفة السيسني:** نظرية الإجازة وأثرها في العقود والتصرفات في الفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر، 1999.

5. **عبد الكريم أحمد علي المرتضى:** بيع ملك الغير في القانون المدني اليمني: دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه في القانون المدني، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 2006.

6. **عبد الله عبد الحميد عبد اللطيف السامرائي:** السفه والغفلة في التصرفات في الشريعة الإسلامية والقانون: دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1976.

7. **عبد الله محمد العلفي:** أحكام الخيار في القانون المدني اليمني: دراسة مقارنة بالقانون المدني المصري، رسالة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 1408هـ-1988م.

8. **عبد الهادي الحكيم:** عقد الفضولي في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، مطبعة الآداب بالنجف الأشرف، د.ب.ن، 1975.

9. **علاء منير رمزي مقبول:** الخيارت التي تمنع لزوم العقد في الفقه الإسلامي والقانون المدني الأردني: دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، معهد البحوث والدراسات العربية، قسم البحوث والدراسات القانونية، القاهرة، 2007.

10. **عيسى محمد عبد القادر المومني:** العقد الموقوف في القانون المدني الأردني، رسالة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة عين الشمس، دون تاريخ المناقشة.

11. **محمد أمين إبراهيم حسن التندي:** نظرية البطلان في الشريعة الإسلامية والقانون المدني، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1981.

12. **محمد بن محمد بن محمد بن إسماعيل الغشم:** إجازة التصرفات، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون المدني اليمني والمصري، رسالة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1416هـ - 1995 م.

13. **محمد حبار:** نظرية بطلان التصرف القانوني في القانون المدني الجزائري وفي الفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 1986.

14. **محمد عبد الغفار محمد يوسف:** تصرفات المريض مرض الموت: دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، رسالة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1993.

15. **محمد سعيد جعفور:** إجازة العقد في القانون المدني والفقه الإسلامي، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر، 2000.
16. **محمد علي عبد الله الشرفي:** حكم التصرفات القانونية لفاقد الأهلية في القانون اليمني: دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1997.
17. **محمد محمد المهدي إبراهيم:** إيجار ملك الغير، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانونين المدنيين المصري والفرنسي، رسالة دكتوراه في القانون، كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر، 1980.
18. **نواف مخيط عبد الله المطيري:** التصرف في المال الشائع في القانونين الكويتي والمصري، رسالة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 2006.

- المذكرات الجامعية:

1. **رشاد السيد إبراهيم عامر:** تصرفات المريض مرض الموت في القانون المدني الجزائري والشريعة الإسلامية، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر، 1984.
2. **عبد الهادي الحكيم:** الفضالة في الفقه الإسلامي، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة بغداد، 1969.
3. **عدنان إبراهيم السرحان:** نظرية الأوضاع الظاهرة ومدى حمايتها في القانون العراقي والمقارن، رسالة ماجستير، بغداد، 1986.

جـ/ المقـــــالات:

1. **إبراهيم علي أحمد شال الطنجي:** "طرق تصحيح العقد الفاسد"، مجلة الشريعة والقانون، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، العدد الحادي والثلاثون، السنة الحادية والعشرون، جويلية 2007.
2. **أحمد إبراهيم:** "الأهلية وعوارضها والولاية في الشرع الإسلامي"، مجلة القانون والاقتصاد وكلية الحقوق، جامعة القاهرة، العدد الأول، السنة الأولى، ماي 1931.

3. **أحمد إبراهيم:** "العقود والشروط والخيارات"، مجلة القانون والاقتصاد، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، العدد السادس، السنة الرابعة، 1934.
4. **حلمي بهجت بدوي:** "بطلان بيع ملك الغير"، مجلة القانون والاقتصاد، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، العدد الثاني، السنة الأولى، شهر جوان 1931.
5. **عبد الباسط جميعي:** الوكالة الظاهرة، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، السنة الخامسة، 1963.
6. **عبد المنعم فرج الصدة:** "العقد من حيث الصحة والبطلان في الشريعة الإسلامية والقانون"، بحث مقدم في الحلقة الدراسية الرابعة للبحوث في القانون، د.ب.ن، د.س.ن.
7. **عبد الهادي محمد زراع:** "تصرفات الوكيل بالوكالة المقيدة"، مجلة البحوث الفقهية والقانونية، كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر، العدد التاسع عشر، ج2، 2004.
8. **علي الخفيف:** "تأثير الموت في حقوق الإنسان والتزاماته"، مجلة القانون والاقتصاد، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، العددان الثالث والرابع، السنة الحادية عشر، مارس وابريل 1941.
9. **غني حسونة طه:** "القانون المدني الكويتي بين نظرية الفقه الإسلامي في توقف العقود ونظرية الفقه الغربي في البطلان النسبي"، مجلة الحقوق والشريعة، الكويت، العدد الثاني، السنة الثانية، يونيو 1978.
10. **محمد البرديسي:** "التصرف الإسقاطي"، مجلة إدارة قضايا الحكومة المصرية، العدد الثاني والثالث، السنة الثالثة عشر، سبتمبر 1968.
11. **محمد الحسين حنفي:** "نظرية البطلان في العقود في الفقه الإسلامي"، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد الأول والثاني، 1960.
12. **محمد جبر الألفي:** "الفضالة: دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي وقوانين بلاد الشرق الأوسط"، مجلة الحقوق والشريعة، كلية الحقوق والشريعة، جامعة الكويت، العدد الثالث، السنة الرابعة، أوت 1980.
13. _____: "عوامل الاستقرار للعقد القابل للإبطال: دراسة تحليلية"، مجلة الحقوق الكويتية، جامعة الكويت، العدد الأول، السنة التاسعة، مارس 1985.

14. **محمد زكريا البرديسي:** "الإكراه بين الشريعة والقانون"، مجلة القانون والاقتصاد، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، العدد الثاني، السنة الثلاثون، جوان 1960.

15. **محمد زكي عبد البر:** "العقد الموقوف في الفقه الإسلامي وفي القانون المدني العراقي وما يقابله في القانون المدني المصري"، مجلة القانون والاقتصاد، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، العددان الأول والثاني، السنة الخامسة والعشرون، مارس وجوان 1955.

16. **محمد سعيد جعفور:** "بيع الفضولي في الفقه الإسلامي والقانون المدني"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، الديوان الوطني للأشغال التربوية، ج39، العدد الأول، 2001.

17. **محمد صبري الجندي:** "فكرة العقد الفاسد، هل يجب الإبقاء عليها في القانون المدني الأردني وقانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية؟"، مجلة الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، العدد الثامن والعشرون، السنة العشرون، أكتوبر 2006.

18. محمد علي محجوب: "الإكراه بين الشريعة والقانون"، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية السنة الرابعة والعشرون، العدد الأول والثاني، 1982.

19. **محمد محمد الطنطاوي:** "حقيقة التصرف وأقسامه"، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد الأول، السنة الخامسة عشر، 1973.

20. **محمد محمد فرحات:** "خيارات البيع في الفقه الإسلامي: دراسة مقارنة في المذاهب الفقهية والقانون المدني المصري"، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة عين الشمس، العدد الأول، السنة السادسة والثلاثون، جانفي 1994.

21. **محي الدين إسماعيل علم الدين:** "الطبيعة القانونية لرهن ملك الغير"، مجلة إدارة قضايا الحكومة، كلية الحقوق، الرباط، العدد الثاني، السنة الخامسة والعشرون، أفريل – جوان 1981.

22. **منصور مصطفى منصور:** "فكرة العقد الباطل في الشريعة الإسلامية والقانون"، مجلة المحاماة، العددان الأول والثاني، السنة الثانية والخمسون، جانفي وفيفري 1972.

د/ التقنينات الحديثة:

- التقنيات الداخلية:

1. أمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395، الموافق لـــ 26 سبتمبر 1975، يتضمن التقنين المدني الجزائري، الجريدة الرسمية، عدد 78، الصادر بتاريخ 30 سبتمبر 1975.
2. قانون رقم 84-11، المؤرخ في 09 رمضان 1404 الموافق لـــ 09 جوان 1984، يتضمن تقنين الأسرة الجزائري، الجريدة الرسمية عدد 24، الصادر في 12 جوان 1984، المعدل بالأمر رقم 02/05، المؤرخ في 18 محرم 1426 الموافق لـــ 27 فبراير 2005 والمنشور بالجريدة الرسمية، عدد 15، الصادر بتاريخ 27 فيفري 2005.

- التقنينات الأجنبية:

1. قانون رقم 131 لسنة 1948، يتضمن التقنين المدني المصري، المؤرخ في 1948/07/09، مجلة الوقائع المصرية، العدد 108 مكرر.
2. قانون الوصية المصري، رقم 71 لسنة 1946.
3. قانون الولاية على المال المصري، رقم 119 لسنة 1952.
4. مشروع قانون الأحوال الشخصية المصري رقم 25 لسنة 1920 المعدل بالقانون رقم 100 لسنة 1985.
5. قانون رقم 40 لسنة 1951، يتضمن التقنين المدني العراقي.
6. أمر مؤرخ في 1956/08/13، يتضمن مجلة الأحوال الشخصية التونسية.
7. قانون رقم 43 لسنة 1976، مؤرخ في 1976/08/01 العدد 2645 يتضمن التقنين المدني الأردني.
8. قانون المالكين والمستأجرين الأردني رقم 11/ لسنة 1993.
9. المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني، إعداد المكتب الفني في نقابة المحامين.
10. القانون المدني الكويتي الصادر بتاريخ 25 فبراير 1981، والمعدل سنة 1995.
11. قانون المعاملات المدنية السوداني الصادر في سنة 1984.
12. مشروع قانون المعاملات المالية العربي الموحد الذي تمّ إقراره في سنة 1984 من قبل لجنة توحيد التشريعات العربية في الإدارة العامة للشؤون القانونية بجامعة الدول العربية.

13. قانون الموجبات والعقود اللبناني، الصادر بتاريخ 09 مارس 1932.
14. قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة، الصادر في سنة 1985.
15. التقنين المدني اليمني الصادر عام 1992.
16. مدونة الأسرة المغربي رقم 03-70 تم تعديله بالقانون رقم 09-08 بتاريخ 03 شعبان 1431 (16 جويلية 2010)، الجريدة الرسمية عدد 5859، بتاريخ 13 شعبان 1430 الموافق (26 جويلية 2010).
17. القانون المدني الليبي الصادر في 21 ربيع أول 1373هـ الموافق لتاريخ 1953/11/28.
18. القانون المدني الفرنسي. Code Civil Francais
19. القانون المدني السوري الصادر بمرسوم تشريعي رقم 84-18 بتاريخ 1949/05/18.
20. مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على الإمام الشافعي، اعد من طرف مجمع البحوث الإسلامية بمصر سنة 1972.
21. مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام مالك.
22. القانون المدني الإيراني الصادر بتاريخ 23 ماي 1928.

ثانيا – المراجع باللغة الفرنسية:

A/ Ouvrages :

1. **AUBRY, RAU,** Cours de droit civil français, 4e édition, T.1. et 6, par BARTIN, Paris, 1952.
2. **BAUDRY-Lacantinery, (G), Brade (L),** Traité Théorique Et Pratique De Droit Civil : Les Obligations .3, 3é Edition, Paris1908
3. **CARBONNIER Jean,** Théorie Générale Des Obligations, 4é Edition, Paris .1972
4. **COLIN (A.) et CAPITANT (H.),** Traite de droit civil, T. 2, Paris 1959.
5. **François COLLART DUTILLEUL et Philippe DELEBECQUE,** Contrats civils et commerciaux, 3éd, Dalloz, 1996.
6. **François Terre, Philippe SIMLER, Yves LEQUETTE,** Droit Civil, Les Obligations, 6éd, Dalloz, Paris, 1996.
7. **GAUDMET (E),** Théorie générale des obligations, publiée par h.debois et j. gaudmet, sirey, 1965.
8. **Jacques flour; Jean-Luc Aubert; Éric sa Vaux,** Droit Civil, Les Obligations, 1. L'acte Juridique ,12e Edition.
9. **MARTY, RAYNAUD (P.),** Droit civil: Les obligations, T. 2, 1962.
10. **MAZEAUD (Henri, Léon et Jean.):** Leçons de droit civil, par Michel De juglard, Les obligations, T.2, éd.1969.
11. **Muriel fabre-magnan:** Droit des obligations, 1 - contrat et engagement unilatéral, 1er édition, presses universitaires,2008
12. **PHILLIPE MALAURIE ET LAURENT AYNES,** Droit civil : Les Obligations, 3eme éd., Defrénois, Paris, 2007.
13. **PLANIOL (M.), RIPERT (G.),** Traité pratique de droit civil français: Les obligations, T. 6, 2ème éd., par Esmein, Paris, 1952.
14. **WEILL Alex, TERRE François,** Droit civil : Les obligations, Paris,

B/ Thèses :

1. **Bastion,** Essai d'une théorie générale de l'inopposabilité, thèse, Paris, 1926.
2. **COUTURIER (G),** La confirmation des actes nuls, Thèse, Paris, 1972.

B/ Articles:

1. **Chafik CHEHETA,** «Le système des nullités en droit musulman hanéfite et en droit comparé», Revue des sciences juridiques et économiques, N° 1, 5ème année, 1963.
2. **Ibrahim EL-DESSOUKI,** «Notion du contrat "en suspens" selon le droit musulman», Revue des sciences juridiques et économiques, 31ème année, janvier et juillet 1989.

فهرس

مقدمة..... 1

الباب الأول

حقيقـــة العقـــد الموقوف 10

الفصل الأول

المقصود بالعقد الموقوف 15

المبحث الأوّل: التعريف بالعقد الموقوف..... 15

المطلب الأوّل: تعريف العقد الموقوف في الفقه الإسلامي..... 16

الفرع الأول: تعريف العقد الموقوف في المذاهب الفقهية..... 16

أولا: تعريف العقد الموقوف في الفقه الحنفي..... 16

ثانيا: تعريف العقد الموقوف في الفقه الشافعي..... 18

ثالثا: تعريف العقد الموقوف في الفقه المالكي..... 18

الفرع الثاني: تعريف العقد الموقوف عند فقهاء الشريعة الإسلامية المحدثين..... 19

المطلب الثاني: تعريف العقد الموقوف في القانون..... 20

الفرع الأول: تعريف العقد الموقوف في التشريع..... 20

الفرع الثاني: تعريف العقد الموقوف لدى فقهاء القانون..... 22

المطلب الثالث: مدى مشروعية العقد الموقوف..... 25

الفرع الأول: نظرية بطلان العقد الموقوف..... 25

أولا: الاستدلال بالنص..... 27

1 – من القرآن الكريم..... 27

2 – من السنة النبوية..... 28

ثانيا: الاستدلال بالقياس..... 29

ثالثا: الاستدلال بالمعقول..... 30
خلاصة..... 31
الفرع الثاني: نظرية صحة العقد الموقوف..... 32
أولا: الاستدلال بالكتاب والسنة..... 33
1 – حديث عروة بن أبي الجعد البارقي..... 34
2 – حديث حكيم بن حزام..... 35
3 – حديث أهل الغار..... 36
ثانيا: الاستدلال بالقياس..... 37
ثالثا: الاستدلال بالمصلحة..... 39
رابعا: الاستدلال بالمعقول..... 40
خلاصة 40
الفرع الثالث: الرأي الراجح في الفقه وموقف التشريعات..... 43
أولا: موقف الفقه الحديث من فكرة العقد الموقوف..... 43
ثانيا: موقف القانون الحديث من العقد الموقوف..... 44
1 – في التقنينات المستمدة من الفقه الإسلامي..... 45
أ – مجلة الأحكام العدلية..... 45
– من حيث اعتناقها فكرة العقد الموقوف..... 45
– من حيث اعتبار العقد الموقوف صحيحا..... 45
ب – مرشد الحيران..... 45
2 – في تقنينات بعض الدول العربية..... 46
أ– التقنين المدني العراقي..... 46
ب– مجلة الأحوال الشخصية التونسية..... 48
جـــ– التقنين المدني الأردني..... 48
د– التقنين المدني الكويتي..... 49
هـــ– تقنين المعاملات المدنية السوداني..... 49
و– تقنين المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية..... 49

ز- التقنين المدني اليمني..... 50
ح- في التقنين المدني الجزائري..... 50
المبحث الثاني: مقارنة العقد الموقوف بما يشتبه به من النظم القانونية..... 51
المطلب الأوّل: العقد الموقوف والعقد الفاسد والعقد الباطل..... 51
الفرع الأوّل: العقد الموقوف والعقد الفاسد..... 51
أولا: آثار العقد الفاسد عند الفقهاء القائلين به..... 54
1 - تغير المعقود عليه بعد القبض..... 54
2- عدم تعلق حق الغير بالمعقود عليه ضمانا لاستقرار المعاملات وحماية للغير حسن النية..... 55
ثانيا: أوجه الشبه والاختلاف بين العقد الموقوف والعقد الفاسد..... 55
1 - أوجه الاتفاق..... 55
2 - أوجه الاختلاف..... 56
أ- من حيث ترتيب الأثر..... 56
ب- من حيث القابلية للفسخ..... 56
ج- عن صدور الإجازة..... 57
الفرع الثاني: العقد الموقوف والعقد الباطل..... 58
أولا: التعريف بالعقد الباطل..... 58
ثانيا: حكم التصرف الباطل..... 60
ثالثا: أوجه الشبه والاختلاف بين العقد الموقوف والعقد الباطل..... 61
1 - أوجه الشبه..... 61
2 - أوجه الاختلاف..... 62
أ- من الانعقاد..... 62
ب- من حيث الآثار..... 62
جـ- من حيث التمسك بالبطلان أو الإجازة..... 62
المطلب الثاني: العقد الموقوف والعقد القابل للإبطال والعقد غير النافذ..... 63
الفرع الأوّل: العقد الموقوف والعقد القابل للإبطال..... 63
أولا: المقصود بالعقد القابل للإبطال..... 63

ثانيا: أوجه الاتفاق والاختلاف بين العقد الموقوف والعقد القابل للإبطال..... 64
1 – أوجه الاتفاق..... 64
أ– من حيث أثر الإجازة..... 64
ب– من حيث أثر رفض الإجازة..... 65
2 – أوجه الاختلاف..... 65
أ– من حيث ترتيب العقد لأثره..... 65
ب– من حيث ورود الإجازة على العقد..... 65
جـــ– من حيث التقادم..... 66
د– من حيث نطاق كل من العقدين..... 67
الفرع الثاني: العقد الموقوف والعقد غير الساري..... 67
أولا: أوجه الشبه..... 69
ثانيا: أوجه الاختلاف..... 69
المطلب الثالث: مقارنة العقد الموقوف بالعقد المنجز والمعلق والمضاف..... 70
الفرع الأول: العقد الموقوف والعقد المنجز..... 70
الفرع الثاني: عقد الموقوف والعقد المعلق..... 71
أولا: المقصود بالعقد المعلق..... 71
ثانيا: الفرق بين العقد الموقوف والعقد المعلق..... 74
1 – وجه الشبه..... 74
2 – أوجه الاختلاف..... 74
الفرع الثالث: العقد الموقوف والعقد المضاف..... 75
أولا: المقصود بالعقد المضاف..... 75
ثانيا: الفرق بين العقد الموقوف والعقد المضاف..... 76
1 – وجه الشبه..... 76
2 – أوجه الاختلاف..... 76
المطلب الرابع: العقد الموقوف ونظرية الخيارات..... 77
الفرع الأول: العقد الموقوف وخيار الشرط..... 79
أولا: المقصود بخيار الشرط..... 79

ثانيا: لمن يثبت خيار الشرط ومدته وحكمه..... 80
1 – لمن يثبت خيار الشرط..... 80
2 – مدة خيار الشرط..... 80
3 – حكم العقد في مدة خيار الشرط..... 81
ثالثا: أوجه الشبه والاختلاف بين العقد الموقوف والعقد الذي فيه خيار الشرط.... 82
1 – أوجه الشبه..... 82
2 – أوجه الاختلاف..... 83
الفرع الثاني: العقد الموقوف وخيار العيب..... 84
أولا: المقصود بخيار العيب ومشروعيته..... 84
1 – المقصود بخيار العيب..... 84
2 – مشروعية خيار العيب..... 85
3 – شروط خيار العيب..... 85
4 – أثر خيار العيب..... 86
ثانيا: الفرق بين العقد الموقوف والعقد المشتمل على خيار العيب..... 86
1 – وجه الشبه..... 86
2 – أوجه الاختلاف..... 86
الفرع الثالث: العقد الموقوف وخيار الرؤية..... 87
أولا: التعريف بخيار الرؤية ومشروعيته وأثره..... 87
1 – التعريف بخير الرؤية..... 87
2 – مشروعية خيار الرؤية..... 88
3 – أثر خيار الرؤية في العقد..... 88
ثانيا: أوجه الشبه والاختلاف بين العقد الموقوف والعقد المقترن بخيار الرؤية.... 89
1 – أوجه الشبه..... 89
2 – وجه الاختلاف..... 89
الفرع الرابع: العقد الموقوف وخيار التعيين..... 89
أولا: المقصود بخيار التعيين وشروطه وأثره..... 89
1 – المقصود بخيار التعيين..... 89

2 – شروط خيار التعيين..... 90
3 – أثر خيار التعيين..... 90
ثانيا: أوجه الشبه والاختلاف بين العقد الموقوف وخيار التعيين..... 91
1 – أوجه الشبه..... 91
2 – أوجه الاختلاف..... 91
خلاصة..... 92
المبحث الثالث: حالات العقد الموقوف وشروط صحته..... 93
المطلب الأول: حالات العقد الموقوف..... 93
الفرع الأول: حالات العقد الموقف في الفقه الإسلامي..... 93
أولا: تخلف الولاية أو الملك..... 95
ثانيا: تعلق حق الغير بالمحل..... 96
الفرع الثاني: حالات العقد الموقوف في بعض التقنينات المدنية..... 97
أولا: التقنين المدني العراقي..... 97
ثانيا: التقنين المدني الأردني..... 97
ثالثا: التقنين المدني المصري..... 98
1 – فيكون العقد قابلا للإبطال في الحالات التالية..... 98
2 – ويواجه العقد الموقوف بحالة عدم السريان (أو عدم النفاذ) في المواضع التالية... 99
رابعا: تقنين الأسرة الجزائري..... 99
الفرع الثالث: ما يقابل العقد الموقوف في القانون المدني..... 99
أولا: حالات العقد القابل للإبطال..... 100
1 – حالة عيوب الإرادة..... 100
أ– الغلط..... 100
ب– التدليس..... 100
جـ– الإكراه..... 100
د– الاستغلال..... 100
2 – حالة تصرف الصبي المميز الدائر بين النفع والضرر..... 101
3 – حالة وجود نص في القانون كما في حالة بطلان بيع ملك الغير..... 102

ثانيا: حالات عدم سريان العقد أو عدم نفاذه..... 102
المطلب الثاني: شروط صحة توقف التصرف وأنواعه والحكمة منه..... 103
الفرع الأول: شروط توقف التصرف..... 103
أولا: اجتياز التصرف مرحلتي الانعقاد والصحة..... 104
ثانيا: قبول التصرف للإجازة وقت صدوره..... 104
ثالثا: وجود مجيز للتصرف وقت صدوره..... 105
رابعا: ألا يجد التصرف نفاذا بحق العاقد نفسه..... 106
خلاصة..... 107
الفرع الثاني: أنواع التصرف الموقوف والحكمة منه..... 108
أولا: أنواع التصرف الموقوف..... 108
1 – في الفقه الزيدي..... 108
2 – في الفقه الحنفي..... 109
ثانيا: الحكمة من وقف التصرف..... 110
1 – الحكمة من وقف التصرف في الشريعة الإسلامية..... 110
2 – الحكمة من تقرير دعوى الإبطال في القانون..... 111
خلاصة..... 111

الفصل الثاني

حكـــم العقد الموقوف 112

المبحث الأوّل: حكم العقد الموقوف قبل ورود الإجازة عليه..... 112
المطلب الأوّل: فسخ التصرف الموقوف وأثره عليه..... 113
الفرع الأول: فسخ العقد الموقوف قبل الإجازة في الشريعة الإسلامية..... 113
أولا: بالنسبة إلى تصرف الفضولي..... 114
1 – في المذهب الحنفي..... 114
2 – في المذهب المالكي..... 114
ثانيا: بالنسبة إلى تصرف ناقص الأهلية..... 115
1 – في الفقه الحنفي..... 115

2 – في الفقه المالكي..... 115
ثالثا: تصرف الراهن والمؤجر في بيع المرهون والمستأجر..... 116
1 – في الفقه الحنفي..... 116
2 – في الفقه المالكي..... 116
الفرع الثاني: فسخ العقد الموقوف قبل الإجازة في القانون..... 117
أولا: موقف القوانين التي تعرف فكرة العقد الموقوف..... 117
1 – بالنسبة إلى تصرف الفضولي..... 117
2 – بالنسبة إلى تصرف ناقص الأهلية..... 118
3 – بالنسبة إلى عقد المكره..... 118
4 – بالنسبة إلى بيع المرهون رهنا حيازيا..... 118
5 – بالنسبة إلى بيع المريض مرض الموت..... 119
ثانيا: موقف القانون القوانين التي لا تعرف فكرة العقد الموقوف–القانون المصري والقانون الجزائري نموذجا..... 119
المطلب الثاني: طروء الملك البات على الملك الموقوف..... 121
الفرع الأوّل: طروء الملك البات على الملك الموقوف في الفقه الإسلامي..... 121
الرأي الأول: رأي الحنفية ومن وافقهم..... 121
الرأي الثاني: رأي المالكية وبعض الإمامية..... 122
الفرع الثاني: طروء الملك البات على الملك الموقوف في القانون المدني..... 123
أولا: التقنين المدني الأردني وقانون المعاملات المدنية الإماراتي..... 123
ثانيا: التقنين المدني العراقي..... 124
ثالثا: التقنين المدني المصري..... 124
المطلب الثالث: هلاك المحل المتصرف فيه وبدله قبل الإجازة..... 125
الفرع الأول: هلاك المحل المتصرف فيه وبدله قبل الإجازة في الفقه الإسلامي.... 125
أولا: حالة هلاك محل التصرف الموقوف قبل الإجازة..... 126
1 – في الفقه الحنفي..... 126
2 – الفقه المالكي..... 127
ثانيا: حالة هلاك البدل إن كان عينا..... 128

الفرع الثاني: هلاك محل العقد القابل للإبطال في القانون..... 129
المطلب الرابع: وفاة أطراف التصرف الموقوف أو المجيز قبل الإجازة..... 130
الفرع الأول: موت أحد أطراف التصرف قبل الإجازة..... 130
أولا: موت أحد أطراف التصرف الموقوف في الفقه الإسلامي..... 130
ثانيا: موت أحد أطراف التصرف في القانون..... 131
الفرع الثاني: موت المجيز قبل الإجازة..... 132
أولا: موت المجيز في الفقه الإسلامي..... 132
1 – انتقال حق الإجازة إلى الوارث..... 132
الحجة الأولى..... 134
الحجة الثاني..... 134
2 – عدم انتقال حق الإجازة إلى الورثة..... 134
الحجة الأولى..... 135
الحجة الثانية..... 135
الرأي الذي نرجحه..... 136
ثانيا: حكم موت المجيز في القانون المدني..... 136
الفرع الثالث: تنفيذ التصرف الموقوف قبل الإجازة..... 139
المبحث الثاني: حكم إجازة العقد الموقوف..... 141
المطلب الأوّل: التعريف بالإجازة وصاحب الحق فيها وخصائصها..... 141
الفرع الأول: التعريف بالإجازة وصاحب الحق فيها..... 141
أولا: التعريف بالإجازة في الفقه الإسلامي والقانون المدني..... 142
1 – التعريف بالإجازة في الفقه الإسلامي..... 142
2 – التعريف بالإجازة في القانون المدني..... 143
3 – مقارنة بين تعريف الإجازة في الفقه الإسلامي وتعريفها في القانون المدني 143
أوجه الاتفاق..... 143
أوجه الاختلاف..... 143
ثانيا: صاحب الحق في الإجازة..... 146
1 – المجيز في بيع الفضولي..... 147

أ- بالنسبة إلى الفضولي..... 147
ب- بالنسبة إلى المشتري من الفضولي..... 147
2 - المجيز في حالة تجاوز الوكيل حدود الوكالة..... 148
3 - المجيز في حالة تعلق حق الغير بالمعقود عليه..... 149
4 - المجيز في تصرف الصبي المميز ومن في حكمه..... 150
5 - المجيز في تصرفات المكره..... 152
الفرع الثاني: خصائص الإجازة..... 153
أولا: الإجازة تصرف انفرادي..... 153
- النتيجة الأولى..... 154
- النتيجة الثانية..... 154
- النتيجة الثالثة..... 154
ثانيا: الإجازة تصرف إسقاطي..... 155
ثالثا: الإجازة تصرف كاشف..... 155
المطلب الثاني: شروط صحة إجازة العقد الموقوف وكيفية التعبير عنها..... 156
الفرع الأول: شروط صحة إجازة العقد الموقوف..... 157
أولا: شروط صحة الإجازة المتعلقة بالمجيز نفسه..... 157
1 - الأهلية..... 157
2 - خلو إرادة المجيز من عيوب الإرادة..... 157
3 - علم المجيز بحقيقة التصرف المجاز..... 158
ثانيا: شروط صحة الإجازة المتعلقة بالعناصر الأخرى للعقد الموقوف..... 158
1- قبول التصرف للإجازة..... 158
2 - وجود أطراف التصرف وقت صدوره ووقت الإجازة..... 159
3 - بقاء المتصرف إليه وقت صدور الإجازة..... 161
4 - بقاء الثمن وقت صدور الإجازة..... 163
5 - موافقة الإجازة للتصرف المجاز..... 164
الفرع الثاني: التعبير عن الإجازة وكيفية إثباتها..... 165

أولا: التعبير عن الإجازة..... 165
1 – الإجازة باللفظ..... 166
2 – الإجازة بالفعل..... 167
3 – الإجازة بالكتابة..... 167
4 – الإجازة بالإشارة..... 168
أ– إشارة القادر على النطق..... 168
ب– إشارة الأخرس..... 169
5 – الإجازة باتخاذ موقف يدل عليها (الإجازة الضمنية)..... 169
6 – هل تتم الإجازة بالسكوت؟..... 170
أ– رأي المالكية..... 171
ب– رأي جمهور الفقهاء..... 171
ثانيا: إثبات الإجازة..... 173
1 – المقصود من الإثبات..... 173
2 – عبء الإثبات..... 174
3 – محل الإثبات..... 174
4 – طرق إثبات الإجازة..... 175
المطلب الثالث: الآثار المترتبة على تحقق الإجازة..... 175
الفرع الأول: أثر الإجازة بالنسبة إلى التصرف الموقوف..... 176
أولا: أثر الإجازة على عقد يكون شق منه موقوفا..... 179
ثانيا: أثر الإجازة في حالة تعدد التصرفات على شيء وإجازة واحد منها..... 180
ثالثا: حالة تعدد التصرفات على شيء وإجازتها كلها..... 180
– الأثر المستند للإجازة..... 181
– الأثر المقتصر للإجازة..... 182
الفرع الثاني: آثار الإجازة على أطراف العقد الموقوف..... 185
أولا: أثر الإجازة على أطراف تصرف الفضولي..... 186
1 – أثر الإجازة على المجيز..... 186

2 – أثر الإجازة على المتعاقد مع الفضولي..... 188
3 – أثر الإجازة على الفضولي..... 189
ثانيا: أثر الإجازة بالنسبة إلى الصبي المميز..... 191
الفرع الثالث: أثر الإجازة بالنسبة إلى الغير..... 192
أولا: تصرف الفضولي مزيل للملك..... 192
ثانيا: تصرف الفضولي غير مزيل للملك..... 193
ثالثا: في تصرف الصبي المميز..... 194
المبحث الثالث: رفض إجازة العقد الموقوف..... 197
المطلب الأول: المقصود برفض الإجازة..... 197
الفرع الأول: رفض إجازة التصرف..... 197
أولا: التعريف برفض الإجازة في الاصطلاح الشرعي..... 197
ثانيا: التعريف برفض الإجازة في الاصطلاح القانوني..... 198
الفرع الثاني: الشروط الواجب توافرها في من له حق الرفض..... 199
المطلب الثاني: الطبيعة القانونية لرفض إجازة التصرف الموقوف..... 200
الفرع الأول: التكييف الشرعي لرفض الإجازة في الفقه الإسلامي..... 200
الفرع الثاني: التكييف القانوني لرفض الإجازة..... 202
المطلب الثالث: الآثار المترتبة على رفض الإجازة..... 203
الفرع الأول: أثر رفض إجازة الشق الموقوف من التصرف..... 204
الفرع الثاني: حالة تنفيذ التصرف..... 207
أولا: استرداد العين أو عوضها..... 208
ثانيا: حالة تعذر رد العين..... 209
خلاصة..... 210

الباب الثاني

تطبيقات العقد الموقوف في القانون المدني 213

الفصل الأول

التصرفات الصادرة من غير مالك 215

المبحث الأوّل: تصرف الفضولي في مال غيره..... 216

المطلب الأوّل: بيع ملك الغير..... 218

الفرع الأول: مفهوم بيع ملك الغير..... 219

أولا: تعريف البيع في الفقه الإسلامي وفي القانون..... 219

ثانيا: الشروط الواجب توافرها لتحقق بيع ملك الغير..... 221

ثالثا: بيع عقار الغير..... 223

1 – في الفقه الإسلامي..... 223

2 – في القانون الوضعي..... 223

أ– الاتجاه القائل برضائية عقد لبيع عقار الغير..... 224

– صحة بيع عقار الغير قبل التسجيل..... 224

– بيع عقار الغير صحيحا قبل التسجيل وبعده..... 224

– بيع عقار الغير باطل بعد صدور قانون التسجيل..... 224

ب– الاتجاه القائل بشكلية بيع العقار..... 225

رأينا في الموضوع..... 225

الفرع الثاني: أحكام بيع ملك الغير..... 226

أولا: أحكام بيع ملك الغير في الفقه الإسلامي..... 227

1– حكمه فيما بين المتعاقدين..... 227

2– حكمه بالنسبة للمالك الحقيقي..... 228

الحالة الأولى: في حالة إجازة المالك للتصرف..... 228

الحالة الثانية: في حالة رفض المالك لإجازة البيع..... 229

ثانيا: حكم بيع ملك الغير في التشريعات التي سارت على نهج الفقه الغربي..... 230
1 – حكم بيع ملك الغير بالنسبة للمشتري..... 232
أ– حق المشتري في طلب إبطال البيع..... 232
أسباب سقوط حق المشتري في طلب الإبطال..... 232
ب– حق المشتري في طلب فسخ البيع..... 233
ج– حق المشتري في طلب التعويض..... 234
2– حكم بيع ملك الغير بالنسبة للبائع..... 234
3– حكم بيع ملك الغير بالنسبة للمالك الحقيقي..... 235
الحالة الأولى: إقرار المالك للبيع..... 235
الحالة الثانية: عدم إقرار المالك الحقيقي للبيع..... 235
الفرع الثالث: طبيعة جزاء بيع ملك الغير..... 236
أولا: فسخ بيع ملك الغير..... 236
– الانتقادات الموجهة لهذا الرأي..... 236
ثانيا: بيع ملك الغير بيعا باطلا بطلانا مطلقا..... 237
– الانتقادات الموجهة لهذا الرأي..... 237
ثالثا: بيع ملك الغير باطلا بطلانا نسبيا..... 238
رابعا: نظرية تحول العقد..... 240
خامسا: وقف بيع ملك الغير..... 241
سادسا: قابلية بيع ملك الغير للإبطال بموجب نص خاص في القانون..... 242
المطلب الثاني: شراء الفضولي لملك الغير..... 243
الفرع الأول: رأي الفقه الإسلامي في شراء الفضولي لملك الغير..... 243
أولا: رأي كل من المالكية والحنابلة والشافعية..... 243
ثانيا: رأي كل من الحنفية وبعض الشيعة..... 243
1 – إضافة الفضولي العقد إلى نفسه..... 244
2 – إضافة العقد إلى الغير..... 244
الفرع الثاني: أدلة الفقهاء في شراء الفضولي للغير..... 245

الرأي الأول..... 245
الرأي الثاني..... 245
الرأي الثالث..... 246
المطلب الثالث: إيجار ملك الغير..... 247
الفرع الأول: تعريف إيجار ملك الغير..... 247
أولا: إيجار ملك الغير في الشريعة الإسلامية..... 248
ثانيا: إيجار ملك الغير في القانون..... 249
الفرع الثاني: أحكام إيجار ملك الغير..... 252
أولا: أحكام إيجار ملك الغير فيما بين المتعاقدين..... 252
ثانيا: أحكام إيجار ملك الغير بالنسبة إلى المالك الحقيقي..... 253
1 – حالة ما إذا رفض المالك الحقيقي إيجار ملكه للغير..... 253
2 – حالة ما إذا اقر المالك الحقيقي الإيجار من غيره..... 253
خلاصة..... 254
المطلب الرابع: الهبة والوصية بملك الغير..... 255
الفرع الأول: هبة ملك الغير..... 256
أولا: تعريف هبة ملك الغير..... 256
ثانيا: مشروعية هبة ملك الغير..... 258
ثالثا: أحكام هبة ملك الغير..... 259
1 – حكم هبة ملك الغير في ما بين المتعاقدين..... 259
2 – حكم هبة ملك الغير بالنسبة إلى المالك الحقيقي..... 260
موقف المشرع الجزائري..... 261
الفرع الثاني: وصية ملك الغير..... 262
أولا: وصية ملك الغير في الفقه الإسلامي..... 264
خلاصة هذه الآراء..... 265
ثانيا: الوصية بملك الغير في القانون..... 265
المبحث الثاني: التصرفات الصادرة من غير مالك له الولاية أصلا على المعقود عليه والمتجاوز لحدودها..... 267

المطلب الأوّل: تجاوز الوكيل حدود الوكالة..... 267
الفرع الأوّل: تجاوز الوكيل حدود وكالته في الفقه الإسلامي..... 269
أولا: تعريف الوكالة..... 269
الوكالة المطلقة..... 269
الوكالة المقيدة..... 270
خلاصة عن مجمل الآراء..... 271
ثانيا: مخالفة الوكيل الحدود المرسومة له في الوكالة..... 271
1 – مخالفة الوكيل في جنس الشيء الموكل فيه أو في ثمنه..... 271
2 – مخالفة الوكيل في قدر الشيء الموكل فيه أو في ثمنه..... 272
3 – مخالفة الوكيل لأمر بيع أو شراء بعض ما وكل فيه..... 272
4 – مخالفة الوكيل في وصف الثمن..... 273
الفرع الثاني: حكم تجاوز الوكيل حدود وكالته في القانون..... 274
أولا: مبدأ نسبية الوكالة..... 274
ثانيا: الاستثناءات الواردة على الخروج عن حدود الوكالة..... 276
الحالة الأولى..... 276
الحالة الثانية..... 278
الحالة الثالثة..... 278
خلاصة..... 280
الرأي المقترح..... 282
المطلب الثاني: تعاقد النائب مع نفسه دون إذن من الأصيل..... 283
الفرع الأوّل: حكم تعاقد النائب مع نفسه دون إذن من الأصيل في الفقه الإسلامي.. 283
أولا: في الفقه الحنفي..... 284
ثانيا: في الفقه المالكي والحنبلي..... 284
ثالثا: في المذهب الشافعي..... 284
الفرع الثاني: حكم تعاقد النائب مع نفسه دون إذن من الأصيل في القانون..... 285
أولا: الاستثناءات الواردة عن القاعدة..... 286
الحالة الأولى..... 286

الحالة الثانية..... 286
ثانيا: جزاء الإخلال بالمنع من الشراء..... 289
المبحث الثالث: التصرفات الصادرة من عاقد ليس له ولاية على العقد..... 291
المطلب الأول: تصرفات ناقص الأهلية ومن في حكمه..... 291
الفرع الأول: تصرفات الصبي المميز..... 292
أولا: تصرف الصبي المميز في الشريعة الإسلامية..... 292
1 – التصرفات النافعة نفعا محضا..... 293
2 – التصرفات الضارة ضررا محضا..... 293
3 – التصرفات الدائرة بين النفع والضرر..... 294
الاتجاه الأول: بطلان التصرف الدائر بين النفع والضرر..... 295
الاتجاه الثاني: وقف تصرف الصبي الدائر بين النفع والضرر..... 296
ثانيا: تصرف الصبي المميز في القانون..... 297
ثالثا: حكم تصرف المأذون له..... 299
1 – حكمه في الفقه الإسلامي..... 299
2 – حكمه في القانون..... 300
الفرع الثاني: تصرفات السفيه وذي الغفلة..... 302
أولا: تصرفات السفيه..... 303
1 – تعريفه..... 303
2 – حكم تصرفات السفيه في الفقه الإسلامي..... 303
3 – أقسام تصرفات السفيه..... 306
ثانيا: تصرفات ذي الغفلة..... 307
1 – المقصود بذي الغفلة في الاصطلاح الشرعي والقانوني..... 308
2 – تأثير الغفلة على أهلية الأداء..... 308
ملاحظات على القانون الجزائري..... 312
المطلب الثاني: تصرفات معيب الإرادة..... 313
الفرع الأول: تصرفات المكره..... 314
أولا: تعريف الإكراه..... 314

- في اللغة..... 314
- في الاصطلاح..... 314
- في الفقه الشرعي الحديث..... 314
ثانيا: حكم تصرف المكره في الشريعة والقانون..... 316
الرأي الأول: يقول بالبطلان..... 316
الرأي الثاني: يقول بالفساد..... 317
الرأي الثالث: يقول بالوقف..... 318
ثالثا: حكم تصرف المكره بالبيع في القانون..... 320
الفرع الثاني: حكم عيوب الإرادة غير الإكراه..... 321

الفصل الثاني

الوقف لتصرف مالك في مال له تعلق به حق الغير 323

المبحث الأوّل: التصرف ببيع المرهون والمستأجر..... 324
المطلب الأوّل: التصرف ببيع المرهون..... 324
الفرع الأول: بيع المرهون في الشريعة الإسلامية..... 324
أولا: حكم تصرف الراهن في المرهون قبل القبض..... 325
ثانيا: حكم تصرف الراهن في المرهون بعد القبض..... 326
الرأي الراجح..... 328
الفرع الثاني: بيع المرهون في القانون..... 329
المطلب الثاني: بيع الشيء المستأجر..... 332
الفرع الأوّل: بيع المستأجر في الشريعة الإسلامية..... 333
أولا: رأي الحنفية..... 333
ثانيا: رأي جمهور المالكية والشافعية والحنابلة..... 335
الرأي الراجح..... 336
الفرع الثاني: بيع المستأجر في القانون..... 336
المبحث الثاني: تصرف الشريك في الحصة الشائعة..... 340
المطلب الأوّل: تصرف الشريك في الحصة الشائعة في الشريعة الإسلامية..... 340

الفرع الأول: رأي الفقهاء في أنه عقد باطل وأدلتهم في ذلك..... 341
الفرع الثاني: رأي الفقهاء بوقف التصرف وأدلتهم في ذلك..... 342
الرأي الراجح..... 344
المطلب الثاني: التصرف بالبيع في الحصة الشائعة في القانون..... 344
الفرع الأول: تصرف الشريك بالبيع في حصته الشائعة..... 347
أولا: حق الاسترداد في المنقول الشائع..... 348
1 – شروط حق الاسترداد..... 349
2 – إجراءات وآثار حق الاسترداد..... 351
ثانيا: حق الشفعة في العقار..... 353
1– شروط حق الشفعة..... 353
2– إجراءات وآثار حق الشفعة..... 355
الفرع الثاني: تصرف الشريك بالبيع في حصة مفرزة من المال الشائع..... 356
أولا: حكم تصرفه قبل القسمة..... 357
1 – أثر تصرف الشريك في حصة مفرزة بالنسبة إلى المتعاقدين..... 357
2 – أثر تصرف الشريك في حصة مفرزة بالنسبة لسائر الشركاء..... 360
ثانيا: حكم التصرف بعد القسمة..... 360
خلاصة..... 361
المبحث الثالث: تصرف المدين المحجور عليه بدين مستغرق..... 363
المطلب الأول: تصرف المدين المحجور في الشريعة الإسلامية..... 363
الفرع الأول: الفريق القائل ببطلان تصرف المدين المحجور عليه..... 364
الفرع الثاني: الفريق القائل بالحجر على المدين ووقف تصرفاته..... 365
الفرع الثالث: حكم تصرفات المدين المحجور..... 569
الرأي الراجح..... 370
المطلب الثاني: تصرف المدين المحجور عليه بدين مستغرق في القانون..... 370
الفرع الأول: الدعوى غير المباشرة..... 372
الفرع الثاني: الدعوى البوليصية (دعوى عدم نفاذ تصرف المدين)..... 374

الفرع الثالث: نظام الإعسار..... 378
المبحث الرابع: تصرف المريض مرض الموت..... 380
المطلب الأول: تعريف مرض الموت وحكم تصرفه بالبيع..... 380
الفرع الأول: تعريف مرض الموت..... 381
الفرع الثاني: أحكام البيع في مرض الموت..... 383
أولا: البيع بما لا يقل عن القيمة..... 384
ثانيا: البيع بأقل من القيمة بما لا يجاوز أو يجاوز ثلث التركة..... 386
1 – بما لا يجاوز ثلث التركة..... 386
2 – البيع بأقل من القيمة بما يجاوز ثلث التركة..... 386
ثالثا: التصرف بغير ثمن أصلا..... 388
رابعا: بيع المريض لغير وارث والتركة مستغرقة بالديون..... 389
– حماية الغير حسن النية الذي تعامل مع المشتري..... 390
– البيع في مرض الموت في القانون الفرنسي..... 392
ملاحظات على القانون الجزائري..... 392
الرأي الراجح..... 394
المطلب الثاني: الوصية في مرض الموت..... 395
الفرع الأول: الوصية في مرض الموت في الفقه الإسلامي..... 395
أولا: وصية المريض للغير الوارث..... 395
1 – الاتجاه الأول..... 396
2 – الاتجاه الثاني..... 396
ثانيا: الوصية لوارث..... 397
الاتجاه الأول: الرأي القائل بالبطلان..... 398
الاتجاه الثاني: الرأي القائل بنفاذ الوصية في حدود الثلث..... 398
الاتجاه الثالث: الرأي القائل بالوقف..... 399
خلاصة..... 400
الفرع الثاني: الوصية في مرض الموت في القانون..... 401
المطلب الثالث: الكفالة في مرض الموت..... 405

الفرع الأول: تعريف الكفالة وأحكامها في الشريعة الإسلامية..... 405
أولا: الكفالة في الشريعة الإسلامية..... 405
ثانيا: حكم كفالة المريض مرض الموت في الشريعة الإسلامية..... 406
الفرع الثاني: حكم كفالة المريض مرض الموت في القانون..... 409
المطلب الرابع: الهبة في مرض الموت..... 411
الفرع الأول: الهبة في مرض الموت في الفقه الإسلامي..... 411
أولا: الفريق الأول..... 412
ثانيا: الفريق الثاني..... 412
الفرع الثاني: الهبة في مرض الموت في القانون..... 413
أولا: الهبة في القانون..... 413
ثانيا: هبة المريض مرض الموت..... 414
موقف المشرع الفرنسي..... 416
مقارنة الهبة في كل من القانون والفقه الإسلامي..... 416
خاتمة..... 418
الاقتراحات والتوصيات..... 424
قائمة المراجع..... 428
فهرس..... 452

ملخص الأطروحة باللغة العربية

لا يعرف فكرة العقد الموقوف إلا الفقه الحنفي والمالكي، فهي رغم ذلك تمثل رأي غالبية فقهاء المسلمين، ومفاد هذه النظرية أن العقد لا ينتج أي أثر إلا إذا تقررت إجازته. بذلك فهي تقابل فكرة العقد القابل للإبطال في القانون الوضعي والتي أساسها أن العقد منتج لأثاره كلها فيما بين المتعاقدين إلى أن يتقرر بطلانه.

يعرف العقد الموقوف بأنه العقد الذي يصدر عن شخص ثبتت له أهلية التعاقد دون أن تثبت له ولاية إصداره، فهو العقد الذي توافرت فيه شروط الانعقاد وشروط الصحة، من غير شروط ولاية الشخص على نوع التصرف أو على المال. فهو بذلك تصرف يعاب عنه انه صادر من شخص لا يملك الولاية على نوع التصرف لنقص في الأهلية، أوعدم المال الراجع لعدم الملك أو لتعلق حق الغير به.

أما العقد القابل للإبطال هو العقد الذي له وجوده القانوني و الذي ينتج أثاره إلى غاية ان يتقرر بطلانه بناء على طلب من له التمسك بالبطلان ما لم يكن قد انقضى حقه في ذلك بالإجازة أو التقادم. على هذا يعتبر العقد القابل للإبطال صورة عكسية للعقد الموقوف. فالعقد الموقوف غير نافذ حتى ينفذ بالإجازة، أما العقد القابل للإبطال فهو نافذ حتى يبطل بعدم الإجازة و تقرير البطلان.

Résumé de la thèse en français

Le concept du contrat suspensif (EL mawkouf) n'est connu que par les doctrines Hanbalite et Malékite . En revanche, il représente l'avis de la majorité de la doctrine musulmane.il a comme signification, qu'il ne produit aucun effet sauf autorisation décidé à savoir le cas de sa confirmation. Ainsi, cette théorie est, en somme, similaire à celle du contrat susceptible d'annulation relative en droit objectif, dont le fondement est que, le contrat produit tous ces effets entre contractants jusqu'à son annulation.

Le contrat suspensif est définit comme étant, le contrat émanant d'une personne ayant la capacité de contracter sans qu'il ne lui soit reconnu le droit pour le faire, c'est le contrat qui réunit les conditions de formation et de validité, émanant toutefois, d'une personne ne disposant pas, d'une part, de droit de contacter et d'autre part, de jouissance sur les biens objets du contrat. La cause en est, pour la première hypothèse, du à l'incapacité tandis que, pour la deuxième, il ne dispose pas de la propriété du bien ou que celui-ci appartient à autrui.

Le contrat frappé d'une nullité relative, est celui qui a une éxistence juridique si sa nullité n'est prononcée sur demande de celui qui a le droit de le faire et également, si son droit n'est frappé par les délais de la prescription. Le contrat susceptible d'une nullité relative est l'image inverse du contrat suspensif. Tandis que le contrat suspensif n'est exécutoire que par confirmation, le contrat frappé d'une nullité relative est exécutoire jusqu'à ce qu'il soit prononcé son annulation.